

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Iara Dias Soares

**RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA EMPRESA PÚBLICA
PELO CRIME DE CORRUPÇÃO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PORTUGUÊS**

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, orientada
pela Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

janeiro de 2022



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

IARA DIAS SOARES

**RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA EMPRESA PÚBLICA PELO
CRIME DE CORRUPÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGÊS**

CRIMINAL LIABILITY OF PUBLIC COMPANIES FOR THE CRIME OF
CORRUPTION UNDER PORTUGUESE LAW

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito a
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º ciclo de
Estudos em Ciências Jurídico-Forenses
(conducente do grau de mestre), sob a orientação
da Senhora Susana Maria Aires de Sousa

Coimbra, 2022

Aos meus pais, a quem tudo devo

Agradecimentos

Aos meus pais, a quem tudo devo. À minha mãe, pela dedicação excecional de todos os dias da vida dela. Ao meu pai, pelo suporte que sempre me amparou e levantou em todos os momentos das nossas vidas. Aos dois pelo exímio trabalho que fizeram e que sempre lhes vai ser reconhecido.

Aos meus avós. Ao meu avô que, todos os dias me guarda, para o bem, lá de cima e que todos os dias cá está para me encorajar a ser melhor. À minha avó pela ajuda de todas as horas, e que nunca falhe.

À Joana, pela amizade e o mundo.

A todos os Docentes da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra com os quais tive oportunidade de aprender, e aqueles com quem não tive: nutro a minha grande admiração. Um agradecimento especial à Senhora Doutora Susana Aires de Sousa, minha orientadora, mas no fundo, mais do que qualquer orientação, agradeço as lições, por inspirar a aprender e pela forma excecional e distinta como ensina.

Resumo

Tendo em atenção o regime legal vigente no ordenamento jurídico português, colocam-se as seguintes questões: 1) Qual o fundamento para a incapacidade geral de delinquir por factos ilícitos exercidos ao abrigo de prerrogativas de poder público? 2) Poderá ficar excluída a responsabilidade criminal da empresa pública quando em causa esteja um ilícito de corrupção passiva cometido em seu nome e no seu interesse, em troca de um ato a que corresponde o exercício de uma prerrogativa de poder público? Punindo-se única e exclusivamente a pessoa individual que atuou em nome e no interesse daquela empresa pública? 3) No plano sancionatório, serão as penas adequadas à natureza pública?

Ora, do ponto de vista político-criminal, há clara necessidade de responsabilizar penalmente os entes coletivos públicos, não bastando a punição dos indivíduos responsáveis pela prática do crime de corrupção em seu nome e no seu interesse. O setor empresarial do Estado revelou uma forte aproximação às empresas privadas, atuando no mercado concorrencial enquanto agente económico e igualmente sujeito ao direito da concorrência ao mesmo passo que as entidades privadas. Se no domínio empresarial privado existem fortes lesões de interesses sociais e económicos, o setor empresarial do Estado não é exceção. Na sequência da alteração ao artigo 11.º do Código Penal, em 2015, abre-se portas à responsabilização criminal das empresas do setor público empresarial, públicas ou privadas, silenciando-se uma violação do princípio da igualdade. Não obstante, os factos ilícitos praticados por entes coletivos públicos ou privados, ao abrigo de um poder de autoridade ficam excluídos de responsabilidade criminal, por via do regime de exceção previsto pelo legislador.

Dentro das empresas públicas (pessoas coletivas) encontramos os gestores de empresa pública (pessoas humanas ou singulares, membros do órgão de administração de empresa com estatuto próprio). A questão que se coloca agora é a de saber em que medida pode a atuação de um gestor de empresa pública ser imputada ao ente coletivo público – a empresa pública - atuação essa que consiste num ilícito de corrupção passiva cometido, em nome e no interesse da empresa pública, em troca de um ato a que corresponde o exercício de uma prerrogativa de poder público. Para respondermos a esta questão, em primeiro lugar devemos

consultar o catálogo de crimes pelos quais pode a pessoa coletiva responder nos termos do Código Penal, previsto no n.º 2 do artigo 11.º do referido diploma. Efetivamente, encontramos os artigos 372.º a 374.º do Código Penal no catálogo, englobando assim os crimes de recebimento indevido de vantagem (artigo 372.º), corrupção passiva (artigo 373.º) e corrupção ativa (artigo 374.º) – relativamente a funcionários (artigo 386.º do Código Penal), neste caso, os gestores de empresas públicas (n.º 2 do artigo 386.º do Código Penal). Encontrando-se no catálogo, em segundo lugar, devemos apurar quais os requisitos que têm de estar verificados para que o ente coletivo responda criminalmente. Para que seja imputado o facto criminoso à empresa pública, este deverá passar pela conduta de um agente físico, designadamente, os seus órgãos e representantes e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade – neste caso, o gestor de empresa pública cabe no âmbito das pessoas que vinculam a pessoa coletiva pela alínea a) do n.º 2 do artigo 11.º concretizado no n.º 4 do mesmo preceito do Código Penal e concomitantemente cabe na alçada do conceito de funcionário definido pela lei penal no n.º 2 do artigo 386.º do mesmo diploma (detém a qualidade especial exigida para preenchimento do crime de corrupção passiva previsto no artigo 373.º do Código Penal), logo, quando em causa esteja um ilícito de corrupção passiva cometido, em nome e no interesse da empresa pública, em troca de um ato a que corresponde o exercício de uma prerrogativa de poder público, não deve ficar excluída a responsabilidade criminal da empresa pública.

Palavras-chave: empresa pública; exercício de prerrogativas de poder público; corrupção; responsabilidade criminal da empresa pública.

Abstract

Bearing in mind the legal regime in force in the Portuguese legal system, the following questions arise: 1) What is the basis for the general incapacity to commit crimes for unlawful acts exercised under the prerogatives of public power? 2) Can the criminal liability of the public company be excluded when involved an offense of passive corruption committed in its name and in its interest, in exchange for an act corresponding to the exercise of a prerogative of public power? Punishing solely and exclusively the individual who acted in the name and interest of that public company? 3) In terms of sanctions, are the penalties appropriate to the public nature?

Now, from a political-criminal point of view, there is a clear need to hold public collective entities criminally responsible, not just punishing individuals responsible for committing the crime of corruption in their name and interest. The state business sector showed a strong approach to private companies, acting in the competitive market as an economic agent and equally subject to competition law at the same time as private entities. If in the private business domain there are serious injuries to social and economic interests, the state business sector is no exception. Following the amendment to article 11 of the Penal Code in 2015, the criminal liability of companies in the public or private sector is opened, silencing a violation of the principle of equality. However, unlawful acts committed by public or private collective entities, under a power of authority, are excluded from criminal liability, through the exception regime provided for by the legislator.

Within the public companies (legal persons) we find the managers of public companies (individuals or individuals, members of the company's management body with their own statute). The question that now arises is to know to what extent can the performance of a public company manager be imputed to the public collective entity - the public company - an action that consists of an offense of passive corruption committed, in the name and in the interest of the public company. public company, in exchange for an act corresponding to the exercise of a prerogative of public power. In order to answer this question, we must first consult the catalog of crimes for which the legal person can respond under the terms of the Penal Code, provided for in paragraph 2 of article 11 of the aforementioned diploma. Effectively, we find articles 372 to 374 of the Penal Code in the catalogue, thus encompassing the crimes of undue receipt of advantage (article 372), passive

corruption (article 373) and active corruption (article 374).) – in relation to employees (Article 386 of the Penal Code), in this case, managers of public companies (Article 386(2) of the Penal Code). Finding it in the catalog, secondly, we must determine which requirements must be verified for the collective entity to respond criminally. in order for the criminal act to be imputed to the public company, it must involve the conduct of a physical agent, namely, its bodies and representatives and whoever has the authority to exercise control over its activity – in this case, the manager of a public company is responsible for within the scope of persons who are linked to the legal person by subparagraph a) of paragraph 2 of article 11, implemented in paragraph 4 of the same precept of the Penal Code and concomitantly falls within the scope of the concept of official defined by the criminal law in paragraph 2 of article 386 of the same diploma (has the special quality required to fulfill the crime of passive corruption provided for in article 373 of the Penal Code), therefore, when an offense of passive corruption is committed on behalf of and in the interests of the public company, in exchange for an act corresponding to the exercise of a prerogative of public power, the criminal liability of the public company must not be excluded.

Keywords: public company; exercise of prerogatives of public power; corruption; criminal liability of the public company.

Lista de Siglas e Abreviaturas

CP – Código Penal

CPC – Conselho de Prevenção da Corrupção

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto- Lei

EPE – Entidades Públicas Empresariais

EP societárias - Empresas Públicas Societárias

ENCC – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção no Setor Público

p. – página

RGPC - Regime Geral de Prevenção da Corrupção

Índice

<i>Introdução</i>	9
<i>Capítulo I - A Evolução da Responsabilidade Criminal dos Entes Coletivos Públicos no Ordenamento Jurídico Português</i>	11
1.1 A Reforma do Código Penal: Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro	11
1.2 A Revogação da Definição de Pessoas Coletivas Públicas: a Lei n.º 30/2015, de 22 de abril	16
<i>Capítulo II – A Empresa Pública e o Direito Penal</i>	18
2.1 O Estado, a Gestão Pública e o Setor Empresarial do Estado.....	18
2.2. O Exercício de Prerrogativas de Poder Público.....	21
2.3. A Capacidade para Delinquir	24
3.3. A (In)eficácia da Sanção Criminal	26
<i>Capítulo III – A Responsabilidade Criminal da Empresa Pública pelo Crime de Corrupção</i>	31
3.1. Algumas Notas sobre o Regime Jurídico da Corrupção de Agentes Públicos ..	31
3.2. O Crime de Corrupção no âmbito da Empresa Pública	40
3.3. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção no Setor Público	45
<i>Conclusão</i>	48

Introdução

Tendo em atenção o regime legal vigente no ordenamento jurídico português, colocam-se as seguintes questões: 1) Qual o fundamento para a incapacidade geral de delinquir por factos ilícitos exercidos ao abrigo de prerrogativas de poder público? 2) Poderá ficar excluída a responsabilidade criminal da empresa pública quando em causa esteja um ilícito de corrupção passiva cometido em seu nome e no seu interesse, em troca de um ato a que corresponde o exercício de uma prerrogativa de poder público? Punindo-se única e exclusivamente a pessoa individual que atuou em nome e no interesse daquela empresa pública? 3) No plano sancionatório, serão as penas adequadas à natureza pública?

Se no domínio empresarial privado existem fortes lesões de interesses sociais e económicos, o setor empresarial do Estado não é exceção. Na sequência da alteração ao artigo 11.º do Código Penal, em 2015, abre-se portas à responsabilização criminal das empresas do setor público empresarial, públicas ou privadas, silenciando-se uma violação do princípio da igualdade. Não obstante, os factos ilícitos praticados por entes coletivos públicos ou privados, ao abrigo de um poder de autoridade ficam excluídos de responsabilidade criminal, por via do regime de exceção previsto pelo legislador. Ora, analisando-se a problemática estamos perante um fundamento de exclusão de responsabilidade que assenta na mera formalidade que representa a atribuição de um direito de autoridade e que culmina (eventualmente) com a responsabilidade criminal da pessoa física que atua em seu nome e no seu interesse, não se justificando este privilégio face à empresa pública pela possibilidade de exercer poderes públicos.

Segundo “a mais antiga e abrangente ferramenta de medição da corrupção no mundo”, o Índice de Perceção da Corrupção (CPI), que analisa os níveis de corrupção no setor público a nível internacional (180 países e territórios), Portugal, em 2021, apresentava falhas no combate à corrupção, nomeadamente na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, por deixar de fora do seu âmbito os gabinetes dos principais órgãos políticos e de todos os órgãos de soberania e, também, o Banco de Portugal. Numa Pontuação de 0-100 (onde o 0 representa um país percecionado como muito corrupto, a 100 que corresponde a um país visto como muito transparente), Portugal subiu neste ano que passou, um lugar, tendo registado 62 pontos, continuando abaixo da União Europeia (64 pontos).

Com efeito, a corrupção é o correr do seio daquilo que consideramos um Estado de direito democrático, por excelência no setor público causando preocupação a nível nacional e internacional. Em Portugal foi desenvolvida a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção perante a alarmante necessidade de reforço da confiança perante as instituições basilares da nossa democracia, no sentido de consolidar um plano que vise o combate à corrupção nas suas mais variadas dimensões, trazendo maior transparência e justiça para os organismos públicos.

O Conselho de Prevenção da Corrupção¹ (CPC), nos termos do n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 54/2008, de 4 de setembro, recebeu durante o ano de 2020 um total de 763 comunicações relativas a procedimentos judiciais e relatórios de auditoria. No final do ano, o CPC, procede a uma análise global do conteúdo das comunicações no âmbito das práticas delituosas e fraudulentas da gestão pública. No quadro que consta do relatório de 2020, a corrupção tem um total de 237 comunicações, o que corresponde a 32,1% do número de comunicações, tendo sido dos crimes com maior reporte de natureza judicial, como também confirmam estatísticas oficiais do Ministério da Justiça relativamente aos crimes contra o Estado praticados por funcionário no exercício de funções públicas.

Em comentário feito pelo CPC: “Os resultados apresentados reforçam a necessidade de as entidades do setor público adotarem metodologias que compreendam a elaboração de planos de prevenção de riscos e o reforço do acompanhamento efetivo das medidas preventivas neles previstas, incluindo medidas decorrentes de situações delituosas que sejam detetadas. Neste âmbito suscita-se a eventual necessidade de se reforçar a divulgação das diversas recomendações do Conselho de Prevenção da Corrupção já existentes sobre prevenção de riscos de corrupção e infrações conexas, nomeadamente com a comunicação dos resultados desta análise às entidades com funções de inspeção, auditoria e controlo sobre a ação da Administração Pública, designadamente ao Tribunal de Contas e às diversas inspeções setoriais e regionais”.

¹ O Conselho de Prevenção da Corrupção é uma entidade administrativa independente que funciona junto do Tribunal de Contas e tem como fim desenvolver, nos termos da lei, uma atividade de âmbito nacional no domínio da prevenção da corrupção e infrações conexas (artigo 1.º da Lei n.º 54/2008). Cf. <https://www.cpc.tcontas.pt>.

Capítulo I - A Evolução da Responsabilidade Criminal dos Entes Coletivos Públicos no Ordenamento Jurídico Português

1.1 A Reforma do Código Penal: Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro

A consagração da responsabilidade criminal das pessoas coletivas pela primeira vez no direito penal clássico teve lugar com a reforma do Código Penal introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, o que constitui um momento de relevo assinalável no ordenamento jurídico português, mas que já continha antecedentes no direito penal secundário. Com efeito, o regime previsto no artigo 11.º do Código Penal até então consagrava a responsabilidade individual como regra², cedendo espaço à existência (com mais de duas décadas) de diplomas³ que já previam a responsabilidade criminal dos entes coletivos, fora do Código Penal.

Vejam os caminhos pelo qual optou o legislador.

Com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, foi introduzido um catálogo de crimes, previsto no n.º 2 do artigo 11.º, pelos quais as pessoas coletivas e entidades equiparadas podem responder. Este catálogo surtiu alguma perplexidade no seio da doutrina: se por um lado, sofre pela carência de tipos legais considerados relevantes, quer de natureza patrimonial⁴, quer tipos legais de homicídio⁵ e ofensas à integridade física, por outro lado, sofre pela

² *Vd* “Artigo 11.º Caráter pessoal da responsabilidade.

Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são suscetíveis de responsabilidade criminal.”

³ Designadamente, o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, que prevê as Infrações Antieconómicas e Contra a Saúde Pública; a Lei n.º 15/2001, de 5 de junho que prevê o Regime Geral das Infrações Tributárias; a Lei n.º 109/91, de 17 de agosto, Lei da Criminalidade Informática, revogada pela Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro; e a remissão feita pelo artigo 320.º do Código da Propriedade Industrial, DL n.º 36/2003, de 5 de março, revogado pelo DL n.º 110/2018, de 10 de dezembro, para o regime de responsabilidade criminal de pessoas coletivas previsto no DL 28/84, de 20 de janeiro.

⁴ Desenvolvidamente neste sentido JORGE DOS REIS BRAVO, “*Direito Penal de Entes Coletivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Coletivas e Entidades Equiparadas*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 206. Com a mesma posição SUSANA AIRES DE SOUSA, “Societas publicas (non) delinquere potest: reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português”, Actas do XV Encuentro AECA “Nuevos caminos para Europa: El papel de las empresas y los gobiernos”, 20-21 de setembro de 2012, Obra Digital – ISBN: 978-84-15467-51-9, disponível em <https://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/675>.

⁵ Neste sentido TERESA QUINTELA BRITO, “*Responsabilidade criminal dos entes coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*”, RPCC 20(2010), p. 44.

inclusão de tipos legais para os quais não encontramos um critério racional de escolha, designadamente, crimes contra a liberdade sexual⁶.

Como foi dito, há muito se previa um regime de responsabilidade criminal das pessoas coletivas no direito penal secundário. Os vários diplomas existentes pré-reforma consagram um regime especial que contrasta com o regime geral plasmado no Código Penal em vários aspetos, nomeadamente, em matéria de imputação do facto à pessoa coletiva pela amplitude maior (no Código Penal) e menor (em legislação extravagante) de pessoas que vinculam a pessoa coletiva, no domínio de sanções que lhes são aplicáveis e por último, e o cerne deste estudo, pela existência de um regime de exclusão de responsabilidade criminal de determinados entes: o Estado, as organizações internacionais de direito público e as pessoas coletivas públicas⁷. O legislador em nenhum momento anterior à reforma introduziu um regime de exclusão de responsabilidade⁸ com base na natureza da pessoa coletiva, ou seja, até ao momento todas as pessoas coletivas, independentemente da natureza pública ou privada estariam abrangidas, sem exceção.

O n.º 3 do artigo 11.º do Código Penal, à data da reforma, previa uma clarificação do conceito de “pessoas coletivas públicas” para efeitos da lei penal, entendendo-se como pessoas coletivas públicas: “a) pessoas coletivas de direito público, nas quais se incluem as entidades públicas empresariais; b) entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade; c) demais pessoas coletivas que exerçam prerrogativas de poder público”⁹. Pela leitura da redação do artigo podemos concluir de imediato que, aquilo que no n.º 2 nos parece uma benesse à natureza pública do ente coletivo, passa de forma surpreendente no n.º 3 a uma fusão de público com privado pela forma agregadora com que o legislador define “pessoa coletiva de direito público”. Mas porquê? Germano Marques da Silva colocou várias questões em 2007, algumas delas prendem-se com o porquê de o legislador ter optado por consagrar este regime distinto

⁶ Neste sentido JORGE DOS REIS BRAVO e acrescentando também os crimes contra a realização da justiça “*Direito Penal de Entes Coletivos...op.cit.*”, p. 207.

⁷ SUSANA AIRES DE SOUSA, “*Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*”, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 104-105.

⁸ Cf. artigo 3.º Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro; artigo 3.º Lei n.º 15/2001, de 5 de junho; artigo 3.º da Lei n.º 109/91, de 17 de agosto, revogada pela Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro; e a remissão feita pelo artigo 320.º do Código da Propriedade Industrial, DL n.º 36/2003, de 5 de março, revogado pelo DL n.º 110/2018, de 10 de dezembro, para o regime de responsabilidade criminal de pessoas coletivas previsto no DL 28/84, de 20 de janeiro.

⁹ Cf. artigo 11.º, n.º 3 na redação da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro.

daquilo que havíamos tido com o regime das infrações anti-económicas e contra a saúde pública, com o RGIT, com a Lei da Criminalidade Informática, Lei n.º 109/91, entre outros¹⁰, admitindo não compreender a razão da exceção defendendo que deve ser levada a cabo uma fiscalização judiciária dos entes públicos. Teresa Serra e Pedro Fernández Sánchez concluem também que “de um ponto de vista teórico, não se vê qualquer legitimidade para subtrair as pessoas coletivas públicas à responsabilidade criminal¹¹”. Susana Aires de Sousa considera o conceito de “pessoas coletivas públicas” extensivo e conducente a “desigualdades dificilmente justificáveis” tanto relativamente a uma empresa pública (por ser pública) como a uma empresa privada concessionária de um serviço público (por ter a concessão) e sublinha o grande número de entidades privadas com poderes públicos no seio do direito português em diversos setores¹².

Mário Pedro Seixas Meireles evidencia as dificuldades, algo problemáticas da aplicação de uma pena de multa a pessoas coletivas de direito público, desde logo pelo paradoxo sentido em pensar estas entidades como agentes da prática de crimes pelo “bem comum” que lhes está subjacente e coloca a questão, “Mas não será que as populações seriam sempre as mais afetadas?”¹³ porque efetivamente estas entidades são financiadas por receitas públicas.

Como sublinha Susana Aires de Sousa, esta reflexão sobre a insusceptibilidade de entes públicos cumprirem pena vale para as pessoas coletivas públicas por natureza ou

¹⁰ Outra questão relevante levantada pelo autor prende-se com a possibilidade de haver conciliação entre os regimes especiais e geral: “A conciliação há-de fazer-se nos precisos termos constantes do artigo 8.º do Código Penal: aplica-se o regime constante dos n.º 2 a 11 do Código Penal, *salvo disposição em contrário da legislação especial*. Mas será que a omissão de qualquer referência às pessoas coletivas públicas na legislação especial deve ser interpretada como disposição em contrário do disposto no n.º 3 do artigo 11.º do Código Penal? É pelo menos duvidoso que seja assim, mas porque não entendo a razão da exceção sou levado a inclinar-me para considerar que a exceção está no n.º 3 do Código Penal.” Cf. Germano Marques da Silva, “Responsabilidade penal das pessoas coletivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro”, Jornadas sobre o Código Penal, Revista do CEJ, n.º 8 (2008), p. 72.

¹¹ TERESA SERRA/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas – da inconstitucionalidade dos n.º 2 e 3 do artigo 11.º do Código Penal”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume IV, p. 72.

¹² “Societas publicas (non) delinquere potest: reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português”, p. 12.

¹³ Para um desenvolvimento sobre o sistema sancionatório penal das pessoas coletivas MÁRIO PEDRO SEIXAS MEIRELES, “Pessoas Coletivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação”, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 75.

territoriais¹⁴ – Estado, Regiões Autónomas e Autarquias Locais -, para as restantes entidades será aquilo que iremos analisar ao longo deste estudo.

A origem da opção do legislador, poderia ser analisada com base na análise da Proposta de Lei n.º 98/X que procede à vigésima primeira alteração ao Código Penal e da respetiva

Exposição de Motivos, onde se conclui que a fundamentação assenta em instrumentos normativos comunitários e internacionais¹⁵ tomados como prementes para a respetiva consagração. No entanto, como assinala Teresa Serra e Pedro Fernández Sánchez, “tais Decisões-Quadro atribuem a cada Estado Membro a prerrogativa de ponderação da idoneidade do recurso à imputação de responsabilidade penal a entidades públicas”, algo que o legislador claramente deixou cair no esquecimento quando colocou de parte qualquer discussão, embora “democraticamente legitimado¹⁶”. Se recorrermos à origem da introdução da responsabilidade das pessoas coletivas na Proposta de Lei n.º 98/X, devemos ter presente o Projeto de Lei 239/X¹⁷ onde não existe um regime de exclusão de responsabilidade dos entes públicos.

Cabe também discutir se o conceito de “pessoas coletivas públicas” criado pelo legislador penal e concretizado no n.º 3 se compatibiliza com a noção partilhada pela

¹⁴ “Societas publicas (non) delinquere potest: reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos...*op. cit.*, p. 12.

¹⁵ Na Exposição de Motivos são apontados os seguintes: Decisão-Quadro 2000/383/JAI, do Conselho, de 29 de Maio de 2000, alterada pela Decisão-Quadro 2001/888/JAI, do Conselho, de 6 de Dezembro de 2001, sobre o reforço da proteção contra a contrafação de moeda na perspetiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras; Decisão-Quadro 2001/413/JAI, do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativa ao combate à fraude e à contrafação de meios de pagamento que não em numerário; Decisão-Quadro 202/629/JAI, do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos; Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2001, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; Decisão-Quadro 2005/667/JAI, do Conselho, de 12 de Julho de 2005, destinada a reforçar o quadro penal para a repressão da poluição por navios. Além das Decisões-Quadro enunciadas, são também apontados outros instrumentos normativos internacionais, tais como: Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos da Criança, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, adotado em Nova Iorque, em 25 de Maio de 2000, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 14/2003, de 5 de Março, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 14/2003, de 5 de Março; Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e Protocolo Adicional relativo à prevenção, à repressão e à punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, aprovados pela Resolução da Assembleia da República n.º 19/2004, de 2 de Abril; Protocolo Adicional à Convenção do Cibercrime, respeitante à criminalização de atos de natureza racista ou xenófoba, cometidos através de sistemas informáticos, assinado por Portugal em 17 de Março de 2003; Protocolo Adicional à Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, assinado por Portugal em 15 de Maio de 2003; Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Seres Humanos, assinada por Portugal em 16 de Maio de 2005.

¹⁶ “A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas...”, *op. cit.* p. 74.

¹⁷ Publicado no DAR II série A, n.º 100, de 6 de abril de 2006.

doutrina administrativa. Ora, dentro da discussão doutrinal que envolve este conceito, muitos critérios existem, mas depois de algum consenso verifica-se que resulta da aplicação dos vários critérios a certeza de que as pessoas coletivas públicas serão “o Estado e demais entidades coletivas territoriais – regiões autónomas e autarquias locais – (entidades públicas primárias ou por natureza), as entidades como tal qualificadas pela lei

(entidades públicas por força da lei), e as entidades criadas pelo Estado ou por pessoas coletivas públicas territoriais, desde que não sejam qualificadas pela lei como privadas e

desde que compartilhem dos predicados de personalidade pública (prerrogativas de direito público, nomeadamente poderes de autoridade)”¹⁸. Não terá sido por falta de uma noção partilhada na doutrina administrativa que o legislador penal terá optado pela concretização de um conceito que em nada se compatibiliza com o direito administrativo, de tal modo extensivo e generoso capaz de abarcar entidades privadas. Analise-se: na alínea a) são mencionadas as entidades públicas empresariais que por sua vez estão sujeitas a um regime de direito público, mas que podem atuar segundo o direito privado; na alínea b) o legislador classifica como pessoa coletiva pública entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade, e bem sabemos que grande parte destas são entes privados; por último, na alínea c), mais uma vez, o legislador prescinde da titularidade da pessoa coletiva, que pode ser pública ou privada e faz assentar o critério no exercício de prerrogativas de poder público, e como também bem sabemos, em Portugal, observamos um número considerável de entidades privadas com poderes públicos. Podemos concluir que a definição de pessoas coletivas públicas do legislador penal é significativamente extensiva¹⁹.

Jorge Reis Bravo sublinha o atentado aos princípios de igualdade e de livre concorrência relativamente às entidades concessionárias de serviços públicos pelo “favorecimento que objetivamente um tal estatuto confere a entidades privadas concessionárias de serviços públicos face a entidades congêneres que, estando no mesmo mercado, o não sejam”²⁰.

¹⁸ JOSÉ FIGUEIREDO DIAS, MARIA FERNANDA OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 41.

¹⁹ “Societas publicas (non) delinquere potest: “reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos... *op. cit.*, p. 11.

²⁰ JORGE REIS BRAVO, “Punibilidade vs. Impunidade de ‘pessoas coletivas públicas’: a regra, a exceção e os equívocos – um episódio da tensão entre o ‘público’ e o ‘privado’, *RPCC (2012)*, Ano 22, n.º 3, p. 495.

Podemos concluir que a opção do legislador na reforma do Código Penal não terá sido a mais feliz, sendo facilmente criticável e censurável dos vários pontos de vista assumidos pela doutrina penal.

1.2 A Revogação da Definição de Pessoas Coletivas Públicas: a Lei n.º 30/2015, de 22 de abril

Com a Lei n.º 30/2015, o legislador revoga a concretização do conceito “pessoas coletivas públicas”, deixando apenas excluídos de responsabilidade: o Estado, organizações de direito internacional público e as pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público²¹. Ora, passamos de um conceito extensivo que abrangia um número significativamente superior de entes - tanto públicos como privados - para uma restrição a entes coletivos no exercício de prerrogativas de poder público, não existindo margem para dúvidas sobre a intenção do legislador sobre a natureza da pessoa coletiva que quer excluir de responsabilidade criminal, pois não há qualquer reserva aos entes públicos. O critério de exclusão de responsabilidade passa a ser o exercício de prerrogativas de poder público, já não a natureza do sujeito (independentemente da natureza pública ou privada da pessoa coletiva), ou seja, fica excluída de responsabilidade criminal a pessoa coletiva que pratique um facto ilícito no exercício de prerrogativas de poder público.

A aplicação do critério baseado nos poderes exercidos na realização do facto ilícito pelo ente coletivo pode observar-se de forma exemplar no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de junho de 2018²². Foi proferida uma sentença onde o tribunal decidiu absolver, por ilegitimidade, uma Cooperativa do crime de falsificação de documento por aplicação do disposto no artigo 11.º, n.º 2 do Código Penal. Ora, o assistente interpôs recurso (e bem) da decisão proferida, pedindo a condenação da arguida, invocando que “a exclusão de responsabilidade criminal prevista no artigo 11.º, n.º 2 só é concedida a pessoas coletivas que exerçam poderes de soberania e não às que beneficiem do estatuto de utilidade pública, por equiparação a instituições particulares de solidariedade social.” A questão discutida e

²¹ Cf. artigo 11.º, n.º 2 do CP na redação dada pela Lei n.º 30/2015, de 22 de abril.

²² Pode ler-se em www.dgsi.pt.

que releva para o nosso estudo terá sido a de saber se a cooperativa equiparada a instituição social de solidariedade social está ou não abrangida pelo critério de exclusão de responsabilidade previsto no artigo 11.º, n.º 2 do Código Penal. Ora, foi dito que “O regime jurídico da declaração de utilidade pública está previsto no Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro. Nele não se prevê a atribuição de quaisquer poderes de autoridade pública às instituições que dele beneficiem (...). Parece-nos, pois, forçado, sem mais análise, equiparar o conceito de “pessoa coletiva de utilidade pública” ao de “pessoa coletiva no exercício de prerrogativas de poder público”, pois existia claramente uma confusão entre aquilo que era a natureza do ente coletivo e função exercida e os poderes que efetivamente lhe eram atribuídos e não eram aqueles exigidos na norma penal mencionada. Em consequência, o tribunal explicou que “o que releva não é a utilidade pública da função exercida pela pessoa coletiva – a qualidade do resultado da atuação – mas sim a forma de exercício da sua atividade, dotada de jus imperi.”.

Importa aprofundar aquilo que se entende por exercício de prerrogativas de poder público e a repercussão que tem no nosso ordenamento jurídico. Em Portugal, o exercício de prerrogativas de poder público tem gradualmente e progressivamente sido entregue a privados, portanto, apesar de só estarem isentos de responsabilidade criminal os entes coletivos por factos praticados no exercício de poderes públicos (uma restrição importante), a amplitude de entidades abrangidas pela possibilidade de se encontrarem no exercício de prerrogativas de poder público é substancial na sequência da delegação que se tem observado em diversos setores de importância para a população²³ e pela quantidade de poderes existentes, que serão desenvolvidos *infra*.

Depois de uma exposição daquilo que terá sido a evolução da responsabilidade criminal dos entes coletivos públicos no ordenamento jurídico português, tanto a nível do direito penal secundário como do direito penal clássico (importante para o enquadramento que se segue) cumpre centrar em concreto nas empresas públicas objeto deste estudo.

²³ Cf. Pedro Costa Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra: Livraria Almedina, 2005. Nesta obra encontramos desenvolvidamente as variadas entidades privadas com poderes públicos por setor de atividade.

Capítulo II – A Empresa Pública e o Direito Penal

2.1 O Estado, a Gestão Pública e o Setor Empresarial do Estado

Importa começar por sublinhar que, neste estudo vamos atentar em duas realidades distintas do Estado e que podem causar algumas questões: o Estado enquanto agente económico que detém o seu setor empresarial e atua no mercado e o Estado enquanto detentor do *ius puniendi*.

Como sublinha Susana Aires de Sousa, a boa gestão da coisa pública em nada coloca dúvidas sobre a inexistência de responsabilidade penal, no entanto, se pensarmos numa má gestão pública instrumentalizada para fins que não públicos, de interesse e bem comum, em setores essenciais à sociedade, suscetível de afetar gravemente interesses da comunidade, pode a gestão de coisa pública ser desvaliosa²⁴.

A verdade é que a boa gestão pública tem uma relação próxima com aquilo que são as finalidades do Estado assumidas em cada opção política e que nem sempre se mantiveram as mesmas. Se na agenda tradicional de um Estado intervencionista com atuação direta se colocava no topo das tarefas a realização de produção de bens e serviços, já no final do século XX observa-se uma metamorfose daquilo que se pretende com a atuação do Estado: o Estado prestador passa a um Estado Regulador ou Supervisor, reduzindo significativamente a sua intervenção, optando assim por uma regulação social. Com o Estado Regulador podemos observar uma atividade do Estado também enquanto produtor de bens e serviços, como agente económico que atua no mercado, mas que o faz através do seu setor empresarial com traços marcadamente privados ou com o auxílio destes.

O Decreto-Lei 260/76, de 8 de abril, estabelecia o regime jurídico das empresas públicas e como indica o preâmbulo do diploma, era “da máxima importância o papel que cabe às empresas públicas” nesta época. Como observa Jorge Coutinho de Abreu, o conceito de empresa não abrangia entes de natureza societária²⁵. Passados 24 anos de vigência, este diploma é revogado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro que passa a estabelecer o regime jurídico do setor empresarial do Estado e das empresas públicas. Ora, do preâmbulo

²⁴ SUSANA AIRES DE SOUSA, Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública, Diálogos com Coutinho de Abreu, p. 928 e ss.

²⁵ JORGE COUTINHO DE ABREU, “As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)”, p. 45.

conseguimos ter a perceção de que há uma mudança notória naquilo que se pretende para o regime a aplicar a estes entes: “a linha essencial do presente diploma, que consagra o direito privado como o direito aplicável por excelência a toda a atividade empresarial, seja ela pública ou privada”, ou seja, aplica-se, em regra, o direito privado à iniciativa empresarial prosseguida por entes públicos e como indica Jorge Coutinho de Abreu, existem agora duas espécies empresariais: certas sociedades (dominadas pelo Estado e/ou outras entidades públicas estaduais), por um lado, e as “entidades públicas empresariais”, por outro²⁶.”

Atualmente encontra-se em vigor o Decreto-lei 133/2013, de 3 de outubro, que estabelece “os princípios e regras aplicáveis ao setor público empresarial, incluindo as bases gerais do estatuto das empresas públicas” (RSPE) como dispõe o artigo 1.º, n.º 1 do diploma. Como menciona Jorge Coutinho de Abreu, o RSPE não oferece uma noção unitária de empresa pública, apresenta antes duas noções: as empresas públicas societárias (EP societárias) e as entidades públicas empresariais (EPE).

As EP societárias são, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º, “as organizações empresariais constituídas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada, nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante²⁷, nos termos do presente decreto-lei”. Ora, as sociedades de responsabilidade limitada são as sociedades por quotas e as sociedades anónimas²⁸, não obstante, parece ter sido feita uma escolha preferencial pelas sociedades anónimas (como veremos *infra*), deixando-se para trás, como observa Jorge dos Reis Bravo, “uma realidade tradicionalmente regulada por um ordenamento administrativizado²⁹” para dar lugar a uma organização segundo o direito privado. Para que se compreenda melhor, damos alguns exemplos de EP societárias em Portugal: no domínio da comunicação social, a RTP – Rádio e Televisão de Portugal, SA; em termos de gestão de infraestruturas ferroviárias e rodoviárias, Infraestruturas de Portugal, SA, portuárias e outras

²⁶ “As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)”, *op. cit.*, p. 46.

²⁷ Influência dominante que existe sempre que, nos termos do artigo 9.º, n.º 1: “as entidades públicas referidas nos artigos 3.º e 5.º se encontrem, relativamente às empresas ou entidades por si detidas, constituídas ou criadas, em qualquer uma das situações seguintes: a) Detenham uma participação superior à maioria do capital; b) Disponham da maioria dos direitos de voto; c) Tenham a possibilidade de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização; d) Disponham de participações qualificadas ou direitos especiais que lhe permitam influenciar de forma determinante os processos decisórios ou as opções estratégicas adotadas pela empresa ou entidade participada.”

²⁸ Jorge Coutinho de Abreu considera não estarem abrangidas pelo artigo 5.º, 1, do RSPE, as sociedades em comandita, cf. “As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)”, *op. cit.*, p. 50.

²⁹ “Punibilidade vs. Impunidade de ‘pessoas coletivas públicas’: a regra, a exceção e os equívocos – um episódio da tensão entre o ‘público’ e o ‘privado’, *op. cit.*, p. 486.

infraestruturas, Docapesca – Portos e Lotas, SA; nos transportes, TRANSTEJO – Transportes Tejo, SA; no setor financeiro, a Caixa Geral de Depósitos, AS, entre outras³⁰.

As EPE são, segundo o artigo 56.º do RSPE, “pessoas coletivas de direito público, com natureza empresarial criadas pelo Estado para a prossecução dos seus fins”. Se podemos afirmar que as EPE são pessoas coletivas de direito público, pela redação inequívoca do artigo, já quanto às EP societárias será menos certo avançar para essa conclusão. Com efeito, utilizando a expressão de Jorge Reis Bravo, dada a “hibridez estatutária” das EP societárias, dá-se aso a uma discussão inevitável relativamente à natureza pública ou privada destes entes, à qual responde Pedro Costa Gonçalves dizendo tratar-se de entidades de natureza privada³¹. Nos termos do artigo 57.º, n.º 2, a denominação das entidades públicas empresariais deve integrar a expressão “entidade pública empresarial” ou as iniciais “E.P.E.”, algo observável se considerarmos como exemplos destes entes: no setor da cultura, OPART – Organismo de Produção Artística, EPE, o Teatro Nacional S. João, EPE, o Teatro Nacional D. Maria II, EPE; Parque Escolar, EPE, que tem por objeto o planeamento, gestão, desenvolvimento e execução do programa de modernização da rede pública de escolas secundárias; na saúde, centros hospitalares, hospitais, IPO de Coimbra, Lisboa e Porto, as Unidades Locais de Saúde; a nível dos transportes, a CP – Comboios de Portugal, EPE.

Cumprir também dizer que diretamente relacionado com as empresas públicas, temos os gestores públicos, um dado importante se tivermos em consideração a importância que as pessoas físicas e a sua conduta assumem no modelo de imputação do facto à pessoa coletiva no nosso ordenamento jurídico, tanto a nível do direito penal clássico como do direito penal secundário. Os gestores públicos são pessoas humanas ou singulares, membros do órgão de administração de empresa com estatuto próprio³². Dispõe o artigo 21.º do Decreto-lei 133/2013, de 3 de outubro que só podem ser admitidos a prestar funções como titulares de órgãos de administração de empresas públicas pessoas singulares com comprovada idoneidade, mérito profissional, competência e experiência, bem como sentido de interesse público, sendo-lhes aplicável o disposto no Estatuto do Gestor Público, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março.

³⁰ Disponíveis em <http://www.dgtr.pt/sector-empresarial-do-estado-see/carteira-de-participacoes-do-estado>.

³¹ Mais desenvolvidamente PEDRO COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, p. 783.

³² Sobre o estatuto do gestor público, cf. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Sobre os gestores públicos*.

2.2. O Exercício de Prerrogativas de Poder Público

Em relação ao direito penal secundário, já tivemos oportunidade de notar que não existe qualquer regime de exclusão previsto para as empresas públicas, daí que, como observa Susana Aires de Sousa, existem diversas condenações de empresas públicas por crimes económicos e tributários como indicam as estatísticas dos serviços de justiça e a publicação de decisões jurisprudenciais³³.

No direito penal clássico, como observamos, tivemos um cenário de transição relativamente à responsabilidade criminal da empresa pública: se num primeiro momento correspondente à reforma do Código Penal de 2007, as empresas públicas se viam excluídas de responsabilidade criminal, com a alteração feita em 2015, todas as empresas públicas – quer revestindo forma privada (empresas públicas societárias), quer incorporando forma pública (entidades públicas empresariais) – respondem criminalmente. Não obstante, o regime de exceção abre a possibilidade de estes entes não responderem criminalmente a partir do momento em que os factos ilícitos sejam praticados no exercício de prerrogativas de poder público.

Já em 2007, o legislador, na definição de pessoas coletivas públicas, prevista no n.º 3 do artigo 11.º do Código Penal (na redação da Lei n.º 59/2007) terá utilizado, na alínea c), o exercício de prerrogativas de poder público³⁴. Se na alínea a) estávamos perante um critério formal baseado na forma jurídica pública da pessoa coletiva, capaz de excluir a responsabilidade criminal, nas alíneas b) e c), o legislador já não olha à forma, mas sim a um critério funcional de forma a abarcar as entidades que prosseguem fins de natureza pública, mas que têm natureza privada. Este segmento foi utilizado de forma distinta, como sublinham Teresa Serra e Pedro Fernández Sánchez³⁵, o legislador consagrou uma “isenção que beneficia toda a atividade de um sujeito dotado de “prerrogativas de poder público”, mesmo quando os factos descritos nas normas incriminadoras sejam praticados no âmbito de uma atividade totalmente alheia à missão pública que lhes haja sido confiada”. Os mesmos autores refletem também sobre a possibilidade de se sustentar a validade e a

³³ *Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública, op. cit.*, p. 942.

³⁴ Já em 2008, JORGE DOS REIS BRAVO “*Direito Penal de Entes Coletivos...op.cit.*”, p. 168, acerca da expressão “prerrogativas de poder público” defendeu a necessidade de se conceber uma definição mais precisa “sob pena de assumir um carácter tão vago que a norma poderá porventura incorrer em violação dos princípios da legalidade e da tipicidade”.

³⁵ “*A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas...*”, *op. cit.* p. 98.

correção da solução do n.º 3, “excluindo a responsabilidade criminal apenas quando os factos ilícitos fossem praticados no exercício de poderes públicos”.

Para que possamos compreender a gravidade da questão, importa compreender o que realmente constitui o exercício de prerrogativas de poder público e a respetiva abrangência do critério legal de exclusão de responsabilidade criminal adotado pelo legislador. Desde logo, este exercício não está reservado a pessoas coletivas de direito público. Com efeito, no nosso ordenamento jurídico temos diversas pessoas coletivas – de natureza privada - investidas de poderes públicos em variados setores³⁶: na gestão de serviços públicos e exploração de obras ou bens públicos, no setor agrícola com funções de certificação e de controlo, nos setores industrial e comercial, a nível de mercados de valores mobiliários, no desporto, no domínio da segurança técnica (inspeção e certificação oficial), entre outras atividades de verificação e fiscalização. Portanto, aquilo que à primeira vista poderia entender-se compreender apenas aqueles poderes de autoridade de teor mais restritivo dos direitos e garantias da generalidade das pessoas, afinal vai mais além, abrangendo todas os setores enumerados *supra*.

Susana Aires de Sousa coloca o seguinte exemplo: “um ilícito de corrupção passiva, em nome e no interesse da pessoa coletiva, em troca, por exemplo, da decisão final de certificação ou de inspeção favorável, ato a que corresponde o exercício de uma prerrogativa de poder público³⁷”. Deste exemplo retiramos as seguintes notas: a situação enunciada cai na alçada do regime de exceção previsto pelo legislador, portanto o ente coletivo, público ou privado, não responde criminalmente pelo ato ilícito praticado ao abrigo de um poder de autoridade; não havendo lugar à responsabilidade criminal do ente coletivo, contamos apenas com a responsabilidade da pessoa física que atuou em nome e no interesse do ente coletivo. A questão que se coloca agora é: qual o fundamento deste regime?

O regime de exclusão de responsabilidade criminal previsto no n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal abrange: o Estado, pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e as organizações de direito internacional público. No nosso estudo, vamos cingir-nos à procura de um fundamento para este regime excepcional previsto no direito penal clássico relativamente ao Estado e pessoas coletivas relativamente a atos ilícitos praticados no exercício de prerrogativas de poder público.

³⁶ Cf. Pedro Costa Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, *op. cit.*, p. 803 e ss.

³⁷ *Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública*, *op. cit.*, p. 941.

Certo é que, a doutrina foi invocando argumentos favoráveis à existência deste regime. Com efeito, temos de imediato o argumento da incompatibilidade entre a punição de pessoas coletivas públicas e o princípio da separação de poderes, mencionando-se a falta de sentido, dado que será o Estado o detentor do *ius puniendi*. João Castro e Sousa, manifesta-se contra a possibilidade de se punir as pessoas coletivas públicas, invocando nomeadamente, a especificidade das funções por elas desempenhadas, além disso, a coincidência entre quem emana as ordens e os agentes que as violariam e o facto de a sanção criminal, multa, aplicada ao Estado para o Estado³⁸. A acrescer a estes argumentos, especificamente sobre as pessoas coletivas de tipo territorial, a perplexidade causada quando um tribunal condenasse uma pessoa coletiva de tipo territorial a que este pertence, para além da injustiça que seria punir uma pessoa coletiva de tipo territorial à qual as pessoas são forçadas a pertencer por lei³⁹. Jorge dos Reis Bravo considera que “o Estado, enquanto aparelho politicamente legitimado para deter o monopólio do *ius puniendi*, converter-se-ia em órgão auto-sancionador, o que seria de todo inédito, revelando uma “esquizofrenia conceptual” de contornos inexplicáveis⁴⁰.

Em relação às consequências jurídicas do crime, não parece ser passível de aplicação, uma pena de multa às “pessoas coletivas de direito público por natureza” ou “territoriais” – Estado, Regiões Autónomas e Autarquias Locais – dado que a origem do financiamento destas entidades é público, levando em última instância os contribuintes a responder. Acrescenta ainda Mário Pedro Seixas Meireles que “num certo sentido pode até ser visto como um paradoxo pensar estas entidades como agentes de crimes; afinal, trata-se de criações da sociedade que prosseguem, em teoria, mais do que qualquer realidade social, o “bem comum⁴¹”.

Se é certo que todos estes argumentos se compatibilizam com aquilo que é o Estado ou as Regiões Autónomas⁴², temos muitas reservas em afirmar que estes argumentos fundamentam o regime de exclusão da responsabilidade criminal de outros entes coletivos, nomeadamente, as empresas públicas. Com efeito, Susana Aires de Sousa levanta dúvida

³⁸ JOÃO CASTRO E SOUSA, *As Pessoas Coletivas em face do Direito Criminal e do chamado “Direito de Mera Ordenação Social”*, Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 15, nota 1.

³⁹ JOÃO CASTRO E SOUSA, *As Pessoas Coletivas...*, *op. cit.*, p. 15, nota 1.

⁴⁰ JORGE DOS REIS BRAVO “*Direito Penal de Entes Coletivos...op.cit.*”, p. 181.

⁴¹ MÁRIO PEDRO SEIXAS MEIRELES, *Pessoas Coletivas e Sanções Criminais*, *op. cit.* p. 74.

⁴² Sustentando a responsabilidade criminal do Estado e das pessoas coletivas de direito público GONÇALO MELO BANDEIRA, *Responsabilidade Penal Económica e Fiscal dos Entes Coletivos – À volta das sociedades comerciais e Sociedades Civis sob a Forma Comercial*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 277 e seg., nota 731.

sobre se existe fundamentos que suportem este regime de exclusão de responsabilidade criminal relativamente a entes públicos dependentes, em particular, para o nosso estudo, as empresas públicas e propõe que esse estudo assente sobre o a análise de dois domínios: a nível da capacidade para delinquir e a eficácia da sanção criminal⁴³.

2.3. A Capacidade para Delinquir

Para que possamos passar à análise da capacidade para atuar criminalmente, devemos começar por separar o Estado dos outros entes coletivos. Acompanhando a posição de Susana Aires de Sousa, o Estado não tem capacidade para atuar criminalmente: “A responsabilização criminal do Estado, enquanto Estado unitário a que se refere o artigo 6.º da CRP, teria como pressuposto prévio e necessário o reconhecimento da sua capacidade para praticar crimes; conceber o Estado, enquanto pessoa coletiva pública “primeira ou de base”, como entidade criminosa, constitui, em nosso modo de ver, uma *negação* lógica da existência do próprio Estado na medida em que tal reconhecimento nega, na sua essência, a legitimidade do poder estadual fundada no princípio da democracia e da representatividade. O Estado democrático e de direito não tem capacidade, enquanto ente coletivo, unitário e abstrato, para cometer crimes. O estado criminoso, possuidor de vontade criminosa, é a negação conceptual de um Estado de direito democrático, sendo como tal ilegítimo. A prática de atos criminosos só pode imputar-se, nestes casos, aos agentes físicos que os praticam, desde logo, por tais atos não serem realizados no interesse de um Estado de direito”⁴⁴.

No que concerne a entidades “secundárias ou derivadas”, contrariamente ao Estado, através dos seus representantes, no interesse da pessoa coletiva podem praticar um tipo legal de crime, veja-se o seguinte exemplo: um tribunal coletivo da comarca de Caminha julgou como arguido, um município, pela prática, em autoria material, de um crime de fraude na obtenção de subsídio, um crime consumado de desvio de subsídio e dois crimes tentados de fraude na obtenção de subsídio. Finda a discussão, a decisão do Coletivo foi a de que o município seria autor material, em concurso real, de dois crimes de fraude, um consumado e outro tentado e um crime de desvio⁴⁵. Ora, como observa Susana Aires de Sousa, “sem que

⁴³ *Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública, op. cit.*, p. 943.

⁴⁴ *Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública, op. cit.*, p. 944.

⁴⁵ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de dezembro de 1996, disponível em www.dgsi.pt.

com isso se negue a existência, a autonomia ou a legitimidade ou até mesmo a representatividade democrática do próprio município⁴⁶

Do ponto de vista político-criminal, existe uma clara necessidade de responsabilizar penalmente os entes coletivos públicos⁴⁷, não bastando a punição dos indivíduos responsáveis pela prática do crime em seu nome e no seu interesse que constitui neste momento, segundo o regime legal vigente, a única solução oferecida. Também Germano Marques da Silva considera, a nível pragmático, essencial a responsabilização criminal das pessoas coletivas “em muitos casos a responsabilização das pessoas físicas que agem funcionalmente por elas não é suficiente para realizar os fins que o direito penal se propõe, mormente os de prevenção, podendo mesmo essas entidades servir de instrumento de criminalidade a pessoas que se acobertam à sombra da sua estrutura e que, sendo responsáveis pela sua organização e os mentores da sua atividade, não assumem, porém, legalmente a sua administração, fazendo-se representar ou substituir por testas de ferro ou homens de palha⁴⁸”.

Como já tivemos oportunidade de expor no nosso estudo, o setor empresarial do Estado foi ao longo do tempo ganhando uma dimensão e peso suficientes para merecerem uma regulação própria e com várias alterações de forma a adequar à realidade sentida. Para além da expressão que assume o setor empresarial do Estado em Portugal, este revelou uma forte aproximação às empresas privadas, atuando no mercado concorrencial enquanto agente económico e igualmente sujeito ao direito da concorrência⁴⁹ (ao mesmo passo que as entidades privadas. O domínio de atuação do ente coletivo público compreende setores fulcrais para a subsistência da comunidade, desde o setor financeiro (onde os efeitos lesivos sociais e económicos podem assumir grandes dimensões como já tivemos oportunidade de experienciar no nosso país), passando pelo domínio ambiental⁵⁰ e realização de obras

⁴⁶ *Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública, op. cit.*, p. 944.

⁴⁷ Neste sentido “**A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas...**”, *op. cit.* p. 70.

⁴⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Editorial Verbo, 2009, p. 115.

⁴⁹ A Lei n.º 18/2003, de 11 de junho que aprovou o regime jurídico da concorrência, entretanto revogada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, previa no seu âmbito de aplicação (artigo 1.º, n.º 1) todas as atividades que envolvessem tanto o setor privado, como público e cooperativo. Com a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio que aprovou o novo regime da concorrência, podemos observar no artigo 2.º, n.º 1, a mesma opção de abranger os setores privado, público e cooperativo.

⁵⁰ Veja-se a posição de GONÇALO MELO BANDEIRA, *Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes coletivos – À volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob forma comercial*, Almedina, 2004, p. 277-278 que defende a responsabilidade criminal do Estado pois no domínio do ambiente pode causar danos

públicas. Existem muitos outros domínios de atuação, relembrando o que já foi aqui dito, pelo que importa atentar na importância das funções que lhes são atribuídas e a necessidade de lhes poderem ser aplicadas sanções porque a natureza pública do ente em nada condiciona a possibilidade de causar lesões sociais, económicas, ou até mesmo à vida e integridade física da pessoa.

Depois de uma exposição fundamentada acerca da capacidade da empresa pública para atuar criminalmente, uma atuação ao abrigo de prerrogativas de poder público pode estar isenta por se encontrar “justificada e prevista legalmente e, como tal, por se tratar de uma atuação lícita”⁵¹. Não obstante, o legislador foi mais longe e optou por consagrar um regime mais lato, impondo que, de forma geral e abstrata não existe capacidade para delinquir quando se trate de uma atuação ao abrigo de prerrogativas de poder público. A consagração desta incapacidade geral de delinquir coincide com a formal atribuição de um direito de autoridade, como refere Susana Aires de Sousa, “Ou o ato exercido ao abrigo de um poder de autoridade está substancialmente justificado e é, como tal, lícito, ou fundar a sua licitude na própria natureza autoritária do ato é conceber como fundamento de exclusão de responsabilidade a mera formalidade. O que se afigura como um fundamento de duvidosa legitimidade”⁵².

3.3. A (In)eficácia da Sanção Criminal

Aquando da introdução da responsabilidade criminal da pessoa coletiva no Código Penal, em 2007, o legislador quis excluir de imediato a possibilidade de, por exemplo, uma entidade pública empresarial (pelo simples facto de o ser) responder criminalmente devido ao âmbito amplo da definição de pessoas coletivas públicas criada pelo legislador, à margem daquilo que discutia a doutrina administrativa. Como já tivemos oportunidade de notar, em 2015, o legislador revoga a definição de pessoas coletivas públicas prevista no número 3 do artigo 11.º do Código Penal e as empresas públicas deixam de estar isentas de responsabilidade criminal pelo simples facto de o serem, passando a prever um regime de

ambientais de grande dimensão. Não obstante, diz-nos que “a grande questão é decidir político-criminalmente se é possível e oportuno imputar a respetiva responsabilidade penal”.

⁵¹ *Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública, op. cit.*, p. 944.

⁵² *Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública, op. cit.*, p. 944.

exclusão de responsabilidade mais restritivo onde apenas estariam excluídos de responsabilidade criminal os entes coletivos que atuassem no exercício de prerrogativas de poder público (independentemente da natureza pública ou privada). No regime atualmente vigente, é afirmada a capacidade para delinquir das empresas públicas, portanto, o legislador acabou por conseguir silenciar algumas críticas da doutrina que envolviam uma violação do princípio da igualdade, entre outras que tivemos oportunidade de referenciar anteriormente.

Se é verdade que o legislador, em tempos passados, não seguiu o conceito de pessoas coletivas públicas adotado no seio da doutrina administrativa, também é verdade que, atualmente, desconsiderou a natureza desses mesmos entes para efeitos das penas abstratamente aplicáveis, caindo por terra a devida eficácia, adequação e proporcionalidade da sanção criminal. Como sublinha Mário Pedro Seixas Meireles, é essencial que “o legislador penal fique inteirado desta problemática atinente à caracterização do que sejam pessoas coletivas de natureza pública, de modo a poder fazer as opções mais corretas⁵³”. Susana Aires de Sousa adianta que o maior obstáculo que se coloca à responsabilização criminal das empresas públicas reside na “possibilidade de estes entes coletivos públicos poderem ser de forma *eficaz*, destinatários de uma sanção criminal, baseada numa ideia de pessoalidade e de cumprimento pelo condenado⁵⁴.”

Vejamos a opção do legislador (ou a falta dela) aquando da consagração da responsabilidade criminal da pessoa coletiva no Código Penal.

O sistema sancionatório das pessoas coletivas encontra-se previsto nos artigos 90.º-A e ss. do Código Penal onde estão previstos três tipos de penas: as penas principais, as penas acessórias e as penas de substituição, não diferindo da estrutura sancionatória das pessoas singulares. As penas principais são aplicadas pelo juiz na sentença condenatória independentemente de quaisquer outras⁵⁵, tendo o legislador consagrado uma cláusula geral no artigo 90.º-A, n.º 1 que determina que “pelos crimes previstos no n.º 2 do artigo 11.º, são aplicáveis às pessoas coletivas e entidades equiparadas as penas principais de multa ou de dissolução”. Como penas de substituição previstas para as pessoas coletivas, o Código Penal prevê a pena de multa, a admoestação (artigo 90.º-C), a caução de boa conduta (artigo 90.º-D) e a vigilância judiciária (artigo 90.º-E). Relativamente às penas acessórias, aquelas cuja

⁵³ MÁRIO PEDRO SEIXAS MEIRELES, *Pessoas Coletivas e Sanções Criminais*, op. cit. p. 49.

⁵⁴ *Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública*, op. cit., p. 945.

⁵⁵ MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*,

aplicação pressupõe a fixação na sentença de uma pena principal⁵⁶, estão previstas: a injunção judiciária (artigo 90.º-G), a proibição de celebrar contratos (artigo 90.º-H), a privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos (artigo 90.º-I), a interdição do exercício de atividade (artigo 90.º-J), o encerramento de estabelecimento (artigo 90.º-L), a publicidade da decisão condenatória (artigo 90.º-M).

Atente-se que o sistema sancionatório previsto no Código Penal para as pessoas coletivas apresenta disparidades com o previsto em legislação extravagante. Exemplos desta disparidade podem encontrar-se: no Decreto-Lei 28/84 onde a admoestação é uma pena principal, mas está prevista como uma pena de substituição no Código Penal, assim como no caso da caução de boa conduta que é uma pena acessória diferentemente do Código Penal onde se assume como uma pena de substituição; no RGIT, onde a pena principal é a pena de multa, sendo a pena de dissolução uma pena acessória aplicável aos crimes tributários. Esta disparidade entre regimes demonstra a falta de coerência do legislador, que em termos práticos se traduz em, por exemplo, uma pessoa coletiva que tenha praticado o crime de burla previsto no artigo 217.º do Código Penal (um dos crimes pelos quais a pessoa coletiva pode responder criminalmente previsto no catálogo do artigo 11.º, n.º 2 do Código Penal) terá um sistema sancionatório diferente daquilo que teria se respondesse pelo crime de burla tributária prevista no artigo 87.º do RGIT, ou seja, o tipo de sanção criminal varia dependendo de onde o tipo de ilícito se encontra previsto.

Regressando ao sistema sancionatório das pessoas coletivas previsto no Código Penal, as reservas que colocamos a esse mesmo sistema, a nível de eficácia das penas legalmente previstas pelo legislador em 2007 na punição das empresas públicas, fundam-se no facto de, como observámos, as únicas penas principais serem: a pena de multa ou de dissolução (artigo 90.º-A, n.º 1).

A dissolução é a pena principal específica das pessoas coletivas e que conduz à sua extinção, portanto compreende-se que a sua aplicação esteja dependente de determinados pressupostos apertados. Nos termos do artigo 90.º-F do Código Penal, “A pena de dissolução é decretada pelo tribunal quando a pessoa coletiva ou entidade equiparada *tiver sido criada* com a intenção exclusiva ou predominante de praticar os crimes indicados no n.º 2 do artigo 11.º ou quando a *prática reiterada* de tais crimes mostre que a pessoa coletiva ou entidade

⁵⁶ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, as consequências jurídicas do crime*, Aequitas, 1993, pp. 89 e 90.

equiparada está a ser utilizada, exclusiva ou predominantemente, para esse efeito, por quem nela ocupe uma posição de liderança.”, ou seja, a pena de dissolução pode está consignada a situações em que a pessoa coletiva é instrumentalizada a princípio ou posteriormente. Em relação à aplicação desta pena a pessoas coletivas de direito público, como sublinha Mário Pedro Seixas Meireles⁵⁷, deve ser rejeitada relativamente às “pessoas coletivas de direito público por natureza” pois é absurdo pensar-se na dissolução do Estado, de uma Região Autónoma ou de uma Autarquia Local e por outro lado, não estariam preenchidos os pressupostos dessa sanção criminal. O autor abre a possibilidade de se pensar a dissolução de “pessoas coletivas de direito público derivadas”, pois como sabemos, estas desenvolvem uma atividade substancialmente semelhante aos entes privados pela aproximação ao direito privado que tivemos oportunidade de analisar. Não obstante, atendendo à especial graveza da pena de dissolução, continua a verificar-se uma especial dificuldade em aplicar uma pena como esta pelo âmbito de aplicação tão restrito, restando-nos a aplicação da outra pena principal, a pena de multa.

A pena de multa é, sem margem para dúvidas, a pena por excelência aplicável às pessoas coletivas⁵⁸. Vamos começar por adiantar algumas das críticas feitas a esta sanção criminal para as pessoas coletivas e de seguida analisar as críticas feitas quando aplicada a pessoas coletivas de direito público.

Um dos problemas causados pela pena de multa prende-se com a forma como esta é considerada pela pessoa coletiva, designadamente, a possibilidade de ser avaliada como um risco na prática do crime e ser possivelmente ponderado o custo/benefício da soma pecuniária determinada na decisão. Com efeito, a pena de multa pode ter efeitos preventivos quase nulos, pense-se por exemplo, no caso de empresas de grande dimensão económica ou até mesmo na possibilidade de estes entes verem as penas de multa “diluídas na opacidade da sua repercussão nos preços dos produtos da empresa ou empresas pertencentes ou dominadas pelo agente da infração⁵⁹”, levando a repercussões em relação a terceiros, nomeadamente os clientes do ente coletivo condenado ou no despedimento de trabalhadores.

⁵⁷ MÁRIO PEDRO SEIXAS MEIRELES, *Pessoas Coletivas e Sanções Criminais*, op. cit. p. 77.

⁵⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico*, 1985, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, I*, Coimbra Editora, 1998, p. 384.

⁵⁹ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, Quarteto, 2003, p. 93.

Passando agora à questão de saber se a pena de multa aplicável às pessoas coletivas de direito público é eficaz, como sublinha Susana Aires de Sousa “os efeitos preventivos que se pretendam atribuir à pena de multa são, nestes casos, não só modificados como bastante diminuídos, na medida em que o encargo recai sobre o património público.⁶⁰”. Mário Pedro Seixas Meireles considera controverso aplicar multas a estes entes, questionando “afinal donde proviria a possibilidade de cumprirem tal pena? Mas não será que as populações seriam sempre as mais afectadas?”. Com efeito, quando no Orçamento do Estado se fala em administração central, fala-se das despesas e receitas de todas as entidades sob a tutela do Governo (Ministérios), por exemplo: direções gerais, institutos públicos e mais importante para o nosso estudo, as empresas públicas do Estado, portanto podemos concluir que, em último termo, estaremos a aplicar uma multa aos contribuintes, dado que uma das receitas do Estado são os impostos. Deste modo, a pena de multa mostra-se inadequada quando se pensa no princípio da pessoalidade da sanção que se pauta pelo efetivo cumprimento da pena pelo condenado, pois, na verdade, sendo o património afetado de natureza pública, não se esgota o cumprimento em apenas um ente coletivo, mas na generalidade dos cidadãos que contribuem para o financiamento da empresa pública.

Admitindo-se a capacidade para delinquir das empresas públicas, urge, no plano sancionatório, uma adequação das penas à natureza pública ou ao fim público prosseguido pela empresa pública, é necessário que se torne coerente a suscetibilidade de responder criminalmente em face das penas principais que podem ser aplicadas, dado que existem apenas duas possibilidades e nenhuma delas se revela eficaz.

Como sugere Susana Aires de Sousa⁶¹ a título de exemplo, a aplicação da vigilância ou monitorização do ente coletivo como sanção principal seria mais adequado. Esta pena está prevista no artigo 90.º-E como uma pena de substituição. Nos termos do mencionado preceito, “se à pessoa coletiva ou entidade equiparada dever ser aplicada pena de multa em medida não superior a 600 dias, pode o tribunal limitar-se a determinar o seu acompanhamento por um representante judicial, pelo prazo de um a cinco anos, de modo que este proceda à fiscalização da atividade que determinou a condenação.”, ou seja, para além de estar prevista como uma pena de substituição, está ainda condicionada à aplicação de uma pena de multa não superior a 600 dias.

⁶⁰ *Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública, op. cit.*, p. 945.

⁶¹ *Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública, op. cit.*, p. 945.

Capítulo III – A Responsabilidade Criminal da Empresa Pública pelo Crime de Corrupção

3.1. Algumas Notas sobre o Regime Jurídico da Corrupção de Agentes Públicos

No Código Penal de 1886, a corrupção que constava dos artigos 318.º a 323.º era entendida, pela doutrina e jurisprudência como um crime de “participação necessária”, sendo que só se dava a consumação com a verificação cumulativa de duas condutas: a conduta do corruptor e do funcionário corrupto. Já o Código Penal de 1982 autonomizou as duas condutas em dois tipos legais distintos e independentes, dando origem à corrupção “ativa” e corrupção “passiva”. Atualmente, em termos práticos, existe uma autonomia recíproca entre a vertente passiva e ativa, ou seja, quando há corrupção ativa e passiva, não há um único crime de corrupção com comparticipação, portanto pode suceder que haja um crime de corrupção passiva, sem que haja um crime de corrupção ativa e vice-versa. Como afirma Figueiredo Dias⁶², “a separação típica que se observa entre as corrupções “ativa” e “passiva” impõe que a punição dos respetivos agentes se determine *isoladamente*, em função de cada um dos correspondentes preceitos legais”.

No direito vigente, na sequência da Reforma de 1995 (Decreto-Lei 48/95, de 15 de março) podemos encontrar a disciplina da corrupção em sentido amplo consagrada nos artigos 372.º a 374.º do Código Penal, englobando os crimes de recebimento indevido de vantagem (artigo 372.º), corrupção passiva (artigo 373.º) e corrupção ativa (artigo 374.º) – relativamente a funcionários (para efeitos do artigo 386.º do Código Penal).

Para além da matéria prevista no Código Penal, temos também a Lei n.º 34/87, de 16 de julho que consagra os crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos, entre eles o crime de recebimento indevido de vantagem (artigo 16.º), a corrupção passiva (artigo 17.º) e a corrupção ativa (artigo 18.º). Isto porque no direito penal português entende-se que os titulares de cargos políticos, apesar de exercerem funções públicas, não são funcionários para efeitos penais. Este regime abrange os cargos políticos previstos no artigo 3.º, designadamente, o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o de deputado da Assembleia da República, o de membro do Governo, o de deputado ao Parlamento Europeu, Representante da República nas regiões autónomas, o de membro de órgão de governo próprio de região autónoma, o de membro de órgão representativo de

⁶² Cf. Jorge de Figueiredo Dias, (Parecer solicitado pela Alta Autoridade contra a Corrupção, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano XIII, Tomo I, 1998, p. 33).

autarquia local, entre outros. Também os altos cargos públicos estão abrangidos na Lei n.º 34/87, de 16 de julho, no artigo 3.º-A e são designadamente, os gestores públicos, titulares de órgão de gestão de empresa participada pelo Estado, quando designados por este, membros de órgãos executivos das empresas que integram o setor empresarial local, membros dos órgãos diretivos dos institutos públicos, entre outros.

Importa notar que em 2001, a Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro introduziu uma alteração ao regime da corrupção de agentes públicos em Portugal⁶³, e um dos aspetos terá sido o da “*parificação dos regimes jurídicos aplicáveis à corrupção de funcionários e à corrupção de titulares de cargos políticos, respetivamente previstos no artigo 372.º ss do Código Penal e no artigo 16.º ss da Lei n.º 34/87, de 16 de julho.*”⁶⁴. Atualmente, sendo estes dois regimes fortemente coincidentes, tanto a nível dos elementos típicos de cada uma das modalidades de corrupção, quer nas molduras penais aplicáveis, consideramos mais frutífero no desenvolvimento deste estudo o seu tratamento conjunto, portanto, a menos que exista uma referência expressa em sentido contrário, o presente estudo da corrupção de agentes públicos vale para funcionários e titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos.

Além da disciplina da corrupção no setor público, com a incriminação da corrupção de *agentes públicos*⁶⁵ – funcionários e titulares de cargos políticos e titulares de altos cargos

⁶³ Para um desenvolvimento mais detalhado acerca da evolução do regime jurídico-penal da corrupção de agentes públicos, com sucessivas alterações cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, op. cit. p. 7-35. Sinteticamente, como avança a autora, “Em 2001, como já se viu, houve uma alteração legislativa muito significativa do regime da corrupção de agentes públicos em Portugal. Com essa alteração legislativa procurou-se assegurar mais eficácia à repressão da corrupção, eliminando algumas dificuldades probatórias. Para isso: a) eliminou-se da letra da lei a referência a “contrapartida”; b) criminalizou-se expressamente a corrupção sem demonstração do ato concreto pretendido; c) equiparou-se quase totalmente o regime da corrupção aplicável a políticos e a funcionários. Este regime jurídico da corrupção sem prova do ato (introduzido quer para os funcionários quer para os políticos e que hoje se denomina crime de *Recebimento Indevido de Vantagem*) colocou-nos entre os sistemas com soluções mais punitivas da corrupção, na medida em que a legislação penal da maioria dos países continua a exigir um certo grau de prova quanto ao acto concreto pretendido. Posteriormente, em 2010, os regimes jurídicos da corrupção de agentes públicos – funcionários e titulares de cargos políticos – foram objeto das alterações introduzidas, respetivamente, pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, e pela Lei n.º 41/2010, de 3 de setembro, que entraram em vigor no início de março de 2011”. De seguida, “a Lei n.º 30/2015, de 22 de abril introduziu alterações nos regimes jurídico-penais da corrupção de agentes públicos (funcionários e titulares de cargos políticos), no regime da corrupção no comércio internacional e no setor privado, assim como na corrupção desportiva. Na génese destas novidades terão estado as recomendações dirigidas a Portugal pelo GRECO, pelas Nações Unidas e pela OCDE. Analisadas tais novidades, conclui-se porém, que não estão em causa alterações estruturais.”

⁶⁴ CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*

⁶⁵ Será feito um tratamento conjunto relativamente aos funcionários (artigo 386.º do Código Penal) e titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos (artigos 3.º e 3.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de julho), que assumem, doravante, a designação de *agentes públicos*, a menos que se revele necessário tratar com a devida individualidade em casos de não coincidência entre os respetivos regimes jurídicos.

públicos –, podemos encontrar um alargamento de tipos legais de crime no âmbito do setor privado (Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, Lei da Responsabilidade Penal por Crimes de Corrupção no Comércio Internacional e na Atividade Privada), no âmbito desportivo (Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto, O Regime de Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos), “que não são compreensíveis na perspetiva – velha de tantos e tantos lustres – da corrupção como *criminalidade no Estado e contra o Estado*”⁶⁶. Não obstante, no nosso estudo, será objeto de atenção exclusiva a corrupção no setor público.

É necessário distinguir entre corrupção *ativa* e *passiva* (expressões que designam, respetivamente, a atividade do agente corruptor e do funcionário corrupto); entre a corrupção *própria* e *imprópria* consoante o caráter ilícito ou lícito da conduta do funcionário visada pelo suborno; entre a corrupção *antecedente* ou *subsequente*, quando, respetivamente, a oferta ou promessa de vantagem ocorra antes ou depois do ato do funcionário que se pretende remunerar.

Quanto ao *bem jurídico* protegido com a incriminação da corrupção, há algum consenso na doutrina portuguesa quanto à autonomia intencional do Estado⁶⁷. Com efeito, como explica Almeida Costa⁶⁸, a Administração, atendendo aos interesses que serve no sentido da realização de finalidades fundamentais, indispensáveis a qualquer sociedade organizada, reveste a natureza de bem jurídico-criminal. Ora, o agente público corrupto ao transacionar com o cargo, abusando da posição que ocupa, substitui-se ao Estado, invadindo a respetiva esfera de atividade. Com isto, o agente público está a manipular o aparelho de Estado, violando a autonomia intencional deste último, infringindo as exigências de legalidade, objetividade e independência que são prementes no desempenho de funções públicas num Estado de direito. Considerando-se que o bem jurídico da corrupção consiste na autonomia intencional do Estado, o autor sublinha tratar-se de um crime de dano visto que não põe unicamente em risco, mas viola a esfera de atividade do Estado, traduzindo-se numa ofensa à sua “autonomia intencional” e, portanto, numa lesão do bem jurídico. Nuno Brandão⁶⁹ tem dificuldade em acompanhar esta posição que vê na autonomia intencional do Estado o interesse protegido por estes crimes. Para o autor, além de se ligar a uma visão dos bens jurídicos coletivos, como bens-instrumentais, em que não se revê, julga que não toma

⁶⁶ CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção*, Quarteto, 2003, p. 8.

⁶⁷ *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção*, *op. cit.*, p.

⁶⁸ ALMEIDA COSTA, COMENTÁRIO CONIMBRICENSE

⁶⁹ NUNO BRANDÃO, *Corrupção*

em devida conta dois referentes fundamentais: a capacidade funcional do aparelho estadual e a confiança da comunidade na correção e objetividade no exercício de funções públicas. Apoiando-se esta última posição, os crimes de corrupção passam a tratar-se de crimes de perigo abstrato, de crimes cumulativos, isto é, via de regra, um ato de corrupção será insuscetível de comprometer a confiança social, justificando-se a criminalização pelo perigo real de que tal suceda como consequência de uma repetição e acumulação de comportamentos dessa natureza no caso de o Estado não os ameaçar com uma sanção penal.

Difundida a ideia de que o bem jurídico protegido com a incriminação da corrupção é a autonomia intencional do Estado, compreende-se o maior desvalor da corrupção passiva que se traduz numa maior punição para esta última⁷⁰. O comportamento na modalidade ativa entende-se menos desvalioso, menos censurável do que o comportamento do agente público que, “vinculado por deveres especiais, se dispôs a mercadejar com as funções que exerce. E, por isso, que em princípio atrai sobre si um mais pesado estigma de ilicitude criminal e um mais gravoso juízo de censura a título de culpa⁷¹”.

Os crimes de corrupção passiva são crimes *específicos*⁷² próprios, ou seja, para o preenchimento do tipo exige-se que o autor do crime seja um funcionário para efeitos do artigo 386.º do Código Penal ou titular de um cargo político que conste da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, ou seja, tanto a nível do Código Penal como a nível da legislação extravagante, no direito português, continua a exigir-se uma qualidade especial do agente portanto, não se vê afetada a classificação da corrupção passiva enquanto um crime específico; já do lado ativo, são crimes comuns, pois qualquer pessoa pode ser autor desses crimes, mas a realização do tipo pressupõe que o destinatário da oferta seja um agente público, portanto a questão do funcionário releva no plano da conduta típica.

Almeida Costa acrescenta ainda que a corrupção passiva se apresenta como um crime *material* ou *de resultado*, cuja consumação terá de coincidir com o momento em que a “solicitação” ou a “aceitação” do suborno ou da sua promessa, por parte do funcionário,

⁷⁰ Na Lei de Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos e de Altos Cargos Públicos consta uma exceção: contrariamente ao regime previsto no artigo 372.º para o recebimento indevido de vantagem por funcionário do Código Penal, o artigo 16.º a propósito do recebimento indevido de vantagem por titular de cargo político ou de alto cargo público prevê o mesmo limite *máximo* da moldura penal na modalidade ativa e na modalidade passiva.

⁷¹ CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, op. cit., p. 38.

⁷² Não se excluindo, em algumas situações, a possibilidade de uma pessoa que não tenha esta qualidade responder por este crime, valendo o disposto no artigo 28.º do Código Penal, desde que verificados os respetivos requisitos de extensão da qualidade de funcionário.

cheguem ao conhecimento do destinatário. A violação do bem jurídico – autonomia intencional do Estado – dá-se de imediato com a declaração de vontade do empregado público que demonstre a sua vontade de mercadejar com o cargo. Isto será assim mesmo quando o funcionário acha que lhe está a ser oferecido um suborno, devido a uma qualquer interpretação defeituosa de uma atitude ou afirmação de um particular e demonstra a sua aceitação ao mesmo. Atente-se que, para que a corrupção passiva se consume é necessário que a manifestação de vontade do funcionário (expressa ou tácita) chegue ao conhecimento⁷³ do destinatário (somente o conhecimento, ainda que este não “compreenda” o seu sentido, basta que se apresente compreensível por um terceiro segundo os parâmetros da adequação social).

Almeida Costa sublinha que será considerado suborno⁷⁴, tanto uma vantagem patrimonial como uma vantagem *não patrimonial* - esta última fora introduzida pela Reforma de 1995 (DL 48/95, de 15 de março), algo acolhido com bastante agrado, permitindo aumentar o núcleo de possibilidades em que se poderá estar perante a prática de um crime de corrupção passiva. Com efeito, como dá conta Cláudia Cruz Santos, contrariamente ao ordenamento jurídico brasileiro⁷⁵, em Portugal, o mercadejar do cargo tem de pressupor a presença de uma *vantagem* (nem que seja em forma de promessa), tanto patrimonial como não patrimonial. Reconhecimento e afeto não são suficientes e não se confundem com o elemento típico “vantagem”.

⁷³ O recebimento efetivo da peita deixa de ser, como fora outrora no direito anterior, o momento determinante para a consumação do delito. Mostra-se suficiente, no direito vigente, que se torne conhecida do particular a “solicitação” do suborno (se a iniciativa pertenceu ao funcionário” ou a correspondente “aceitação” (se a iniciativa proveio do corruptor”). Note-se que esta ideia se aplica tanto na corrupção antecedente como na corrupção subsequente, também esta última se consuma com o conhecimento, independentemente do momento em que ocorreu o ato que se remunera. Cf. Comentário Conimbricense.

⁷⁴ Sobre o aspeto quantitativo do suborno, cf. ALMEIDA COSTA, COMENTÁRIO CONIMBRICENSE, podemos essencialmente considerar duas teorias: a teoria da causalidade adequada e a teoria da adequação social. Nos termos da teoria da causalidade adequada, será necessário atender a um critério de causalidade, tendo em conta a situação concreta do funcionário. Por diversas razões, esta tese revela-se insuficiente. Desde logo, tendo em conta o bem jurídico protegido por esta incriminação- a “autonomia intencional” do Estado- não é através de uma imputação do resultado à conduta que se vai aferir se aquele foi violado ou não. A hipótese do funcionário que não pretenda, numa fase inicial da prática do facto, pedir ou aceitar o suborno, ficaria desprovida de tutela penal, pois não é possível obter qualquer causalidade adequada. A conceção que vigora entre nós é a da teoria da adequação social, isto é, deverá ser tida em conta a projeção que a ofensa ao bem jurídico tem num plano ético-social, de acordo com os hábitos e praxes sociais. Assim, não são consideradas para efeitos desta incriminação as gratificações de funcionários em épocas festivas ou as recompensas por atos honrosos e nobres praticados no exercício das suas funções.

⁷⁵ No ordenamento jurídico brasileiro existe uma modalidade de corrupção passiva *sem vantagem* – o agente público pratica atos indevidos por respeito ao pedido ou à influência de outrem. Cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS/CLAUDIO BIDINO/DÉBORA MELO, *A Corrupção – reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009.

Segundo Nuno Brandão, os atos de execução do crime de corrupção passiva são: o ato de *solicitar* uma vantagem, o ato de *aceitação* de uma *promessa* de vantagem, o ato de *aceitação* de uma vantagem já recebida. Quanto ao primeiro – ato de solicitar uma vantagem - o agente público pede, para si ou para terceiro, uma vantagem não devida, com vista à realização ou omissão de um ato funcional. O facto consuma-se logo que o destinatário do pedido tome dele conhecimento, ainda que a solicitação seja recusada ou ainda que aceite, o ato funcional não venha a concretizar-se ou a vantagem acabe por não ser concedida (acentuação do carácter unilateral desta modalidade típica); quanto ao segundo – ato de aceitação de uma promessa de vantagem – o agente ativo, ao transmitir a promessa de oferta de vantagem, realiza um ato típico, mesmo que a proposta seja declinada. Se o agente público a aceitar, pratica um crime de corrupção passiva; o terceiro – ato de aceitação de uma vantagem já recebida – pressupõe um comportamento prévio do corruptor ativo: que este entregue o suborno ao agente público – a aceitação pode ser expressa (comunicação ao oferente de concordância com o recebimento da vantagem) ou tácita e há aceitação se o agente público toma conhecimento do recebimento de um bem que não lhe é devido, entregue como contrapartida de um certo ato de ofício, e decide ficar com ele, mesmo que nada transmita ao corruptor.

No momento em que a peita é disponibilizada ao agente passivo, este deverá manter a qualidade de agente público que detinha na altura em que solicitou a vantagem ou aceitou a sua promessa. Se cessou as tais funções públicas, o beneficiário da vantagem é alguém que não detém a qualidade típica exigida (crime *específico*), pelo que não está em condições de cometer este crime, tal como aquele que dá a vantagem.

Bastará que a vantagem passe a encontrar-se sob domínio fáctico, direto ou indireto, do agente público. No recebimento indireto caberão os casos em que, por determinação do agente público, há a interposição de uma terceira pessoa entre ele e a vantagem (v. g., um familiar, um amigo, alguém das suas relações que com ele mantenha uma relação de dependência, ou uma pessoa coletiva direta ou indiretamente controlada pelo agente público).

Os crimes de corrupção passiva e ativa são crimes *dolosos*⁷⁶.

⁷⁶ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 5 de março de 2018, Processo 193/12.4TABRG.G1., disponível em www.dgsi.pt, cujo sumário é particularmente exato para o efeito: “VIII - No que concerne ao preenchimento do respectivo tipo subjetivo, há que considerar que o dolo se desdobra nos chamados elemento intelectual – representação, previsão ou consciência dos elementos do tipo de crime – e volitivo – vontade dirigida à realização daqueles elementos do tipo, a que acresce um elemento emocional, que é dado pela

Relativamente à corrupção *própria, imprópria e recebimento indevido de vantagem*, como sublinha Cláudia Cruz Santos, a lei distingue três modalidades de corrupção de agentes públicos onde o *mercadejar* com as funções públicas pode assumir um de três possíveis cenários distintos: “(i) na “venda” ou “compra” de um ato ilícito, (ii) na “venda” ou “compra” de um ato lícito, ou (iii) na “venda” ou “compra” de um clima de permeabilidade e simpatia para atos ainda indeterminados (hipótese classificada a partir de 2010 como *recebimento/oferta indevidos de vantagem*)”⁷⁷.

O *Recebimento indevido de vantagem*⁷⁸, previsto no artigo 372.º do Código Penal, como explicita Cláudia Cruz Santos⁷⁹, “não se logra fazer prova de qual o ato mercadejado (e muito menos, naturalmente, do seu cariz lícito ou ilícito), mas sabe-se, para além da dúvida razoável, que a única explicação para a oferta é a criação de um clima de permeabilidade para atos indeterminados relacionados com as funções públicas”. Torna-se importante referir que se trata de uma norma incriminadora reflexo das dificuldades probatórias inerentes a situações em que se percebe que há um suborno que se liga ao exercício da função, sem que, todavia, se consiga apurar o ato funcional.

O primeiro problema refere-se à questão de saber se o legislador pretendeu reconhecer relevo típico a toda e qualquer oferta de uma vantagem não devida solicitada ou aceite por um agente público, ou a ele concedida ou prometida. Ora, da redação do artigo 372.º do Código Penal podemos concluir que estarão excluídas todas as “prendas” que não tenham qualquer conexão com a atividade exercida pelo agente público⁸⁰.

O elemento típico “no exercício das suas funções ou por causa delas” pressupõe que a vantagem não devida se ligue à atuação funcional do agente público dela beneficiário, não

consciência da ilicitude: “quando o agente revela no facto uma posição ou uma atitude de contrariedade ou indiferença perante o dever-ser jurídico-penal”. IX – Como tal, exige-se, nomeadamente, que o agente saiba que desempenha funções em organismo de utilidade pública, praticando o facto criminoso no seu exercício e na prossecução do interesse público que justificou o reconhecimento da utilidade pública, ou seja, que saiba que está a atingir o resultado ilícito que a comunidade repele e censura e, apesar disso, o queira. Ora, para que a ciência pelo arguido e a respetiva vontade de ofender essa qualidade (utilidade pública) do organismo se pudessem ter demonstrado, careceriam de ser expressamente mencionados na acusação, enquanto elementos da componente subjetiva do ilícito imputado, quanto ao conceito de funcionário, integrante do tipo de crime específico em análise”.

⁷⁷ Cf. *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, op. cit., p. 44-45.

⁷⁸ Em 2001, constava do artigo 373.º, n.º 2 do Código Penal, a *Corrupção Passiva de funcionário sem demonstração do ato concreto mercadejado*; mais tarde, em 2010, surge a norma incriminadora do *Recebimento Indevido de Vantagem* por funcionário prevista no artigo 372.º do Código Penal.

⁷⁹ Cf. *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, op. cit., p. 45.

⁸⁰ “V.g., se uma magistrada receber no tribunal, no dia de São Valentim, um embrulho contendo um anel em ouro que o seu namorado, que é advogado, lhe enviou.” Cf. *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, op. cit., p. 47.

sendo uma atuação idónea a afetar o bem jurídico e portanto não reclamando a intervenção do direito penal aquela que não se relacionar com a sua atuação⁸¹.

Deve também ter-se em conta que existem determinadas condutas que, segundo a *adequação social*⁸², não são relevantes para efeitos penais⁸³. Excluem-se “as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes” pela consagração de uma cláusula de adequação social, que, uma vez verificada, implica o afastamento da responsabilidade penal que pudesse surgir de vantagens não devidas. Funciona assim, a adequação social, como elemento excludente do tipo⁸⁴.

Como observa Nuno Brandão⁸⁵, “a tipificação criminal do recebimento e da concessão indevidos de vantagem a agentes públicos esteve associada a uma perceção de que a tutela penal oferecida pelos crimes de corrupção própria e imprópria ficava aquém do materialmente devido e necessário, em boa parte fruto de exagerados escrúpulos da jurisprudência nacional na interpretação dos respetivos tipos incriminadores e na valoração da prova”. Ora, cumpre agora deter alguma atenção no âmbito da distinção entre a corrupção imprópria e a corrupção própria, cujo critério de distinção assenta na natureza lícita ou ilícita do ato mercadejado como já tivemos oportunidade de referir.

⁸¹ Cf. NUNO BRANDÃO, *Recebimento Indevido de Vantagem: o pacto ilícito e a adequação social*, p. O autor, em nota conclusiva do estudo, afirma ser essa conexão funcional que “dá corpo ao chamado pacto ilícito, cuja demonstração é necessária para que possa haver lugar a responsabilidade criminal nesta sede. Assim, o preenchimento deste pressuposto típico deverá ser negado no caso de a vantagem ser alheia ao exercício das funções e ainda também no caso em que, embora determinada por causa das funções públicas, é desprovida de conexão com a atuação funcional do beneficiário. Consequentemente, a promessa ou a concessão de uma vantagem não devida a um agente público que não tenha, nem se perspectiva que venha a ter, no domínio da sua atividade, quaisquer assuntos pendentes com o oferente constituem condutas atípicas”. Cf. também para mais desenvolvimentos sobre o “pacto ilícito: função e conteúdo” com amplas referências à discussão na doutrina portuguesa.

⁸² Esta categoria, introduzida por Hans Welzel, é há muito conhecida pelo pensamento penal português. Hans Welzel: “são ações socialmente adequadas todas as atividades em que a vida social faz o seu curso de acordo com a ordenação historicamente determinada”. Estão em causa situações em que embora o tipo incriminador possa parecer perfeito, uma condenação penal apareceria aos olhos do cidadão comum como materialmente injustificada.

⁸³ Almeida Costa defende um tratamento caso a caso em função de cada setor de atividade e a título exemplificativo “as pequenas lembranças de cortesia ou que visam certos fins de publicidade, a gratificação de determinados funcionários em épocas festivas (v.g., a remuneração de bombeiros, empregados de limpeza das ruas, guardas-noturnos ou agentes da autoridade na quadra natalícia), algumas benesses com exclusivo significado honorífico (v.g. medalhas, livros, condecorações) e a outorga de prémios ou recompensas por atos meritórios, de reconhecido alcance coletivo, praticados no exercício do cargo”. Cf. *Sobre o Crime de Corrupção*, op. cit., p. 121.

⁸⁴ Mais desenvolvidamente sobre a relevância do valor da vantagem, NUNO BRANDÃO, *Recebimento Indevido de Vantagem: o pacto ilícito e a adequação social*, p. 20-23.

⁸⁵ NUNO BRANDÃO, *Recebimento Indevido de Vantagem: o pacto ilícito e a adequação social*, p. 2.

A *corrupção própria* está prevista no n.º 1 do artigo 373.º do Código Penal (na modalidade passiva) e no n.º 1 do artigo 374.º do Código Penal (na modalidade ativa). Esta é a corrupção considerada “qualificada”, onde o desvalor subjacente a esta corrupção é superior repercutindo-se na moldura penal, onde os limites são superiores às restantes. Os dois elementos típicos cuja comprovação se mostra fundamental passam pela imprescindibilidade da prova do ato ou omissão concretos que foram “mercadejados” pelo agente público e a necessidade de demonstrar que tal ato é contrário aos deveres do cargo e, portanto, assume carácter ilícito. Um exemplo de corrupção para ato ilícito: “um guarda prisional pede dinheiro a um recluso para lhe transportar determinada quantidade de heroína e cocaína para dentro do estabelecimento prisional” – atente-se que, aqui, para que se preencha o tipo de ilícito de corrupção passiva própria é necessário demonstrar que o guarda prisional solicitou uma vantagem patrimonial para aquele determinado fim (a entrega da droga), tendo essa manifestação de vontade chegado ao conhecimento do recluso. Neste exemplo, é claro que o ato com que o agente público mercadejou as suas funções é um ato ilícito porque se afigura desconforme “aos deveres do cargo”, nos termos do n.º 1 do artigo 373.º do Código Penal. Ou seja, deve, pois, proceder-se à prova do ato ou da omissão concretamente mercadejados pelo agente público e a demonstração da sua contradição com os deveres inerentes às funções exercidas pelo funcionário.⁸⁶

A denominada *corrupção imprópria ou para ato lícito* está consagrada no n.º 2 do artigo 373.º do Código Penal (na modalidade passiva) e no n.º 2 do artigo 374.º do Código Penal (na modalidade ativa). Como ficou patente anteriormente, a corrupção própria (ou para ato ilícito) padece de uma maior gravidade, e como tal, existe um elemento típico – “contrários aos deveres do cargo” - que não pode ser desconsiderado, sob pena de “fazer caber” na corrupção mais grave toda e qualquer situação de corrupção. Neste sentido, revela-se oportuno no nosso estudo, separar aquilo que para alguns, parece confundir-se⁸⁷. Veja-se

⁸⁶ Cf. *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, op. cit., p. 61-62.

⁸⁷ Cláudia Cruz Santos faz uma reflexão desenvolvida em torno do elemento típico “contrários ao dever do cargo” na sequência de um entendimento jurisprudencial erróneo (ainda que refutado pelo STJ), segundo o qual a corrupção será sempre para ato ilícito mesmo quando o agente público é subornado para praticar um ato que não é desconforme com os deveres do cargo, encontrando-se, porém, a sua motivação naquele suborno. Ora, em caso algum pode a corrupção própria assentar na motivação de suborno – existirá algum momento em que o agente público atua de forma desinteressada? Poderá ser eliminado um elemento típico “contrários ao dever do cargo”, que fundamenta a punição que subjaz à corrupção própria? A jurisprudência parece sustentar este entendimento no pensamento de Almeida Costa que em nada reflete essa linha de pensamento. Mais detalhadamente, criticando a posição jurisprudencial e oferecendo argumentos (teleológico, histórico, literal, entre outros), cf. *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, op. cit., p. 62-67.

o sumário de acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de abril de 2013⁸⁸: “XXIII – *Nas modalidades da corrupção passiva para ato ilícito e para ato lícito, o acto ou atividade em causa deve encontrar-se numa relação funcional imediata com o desempenho do cargo, isto é, terá de caber no âmbito fáctico das possibilidades de intervenção do funcionário, nos “poderes de facto” inerentes ao exercício das correspondentes funções, no sentido de aqueles que são propiciados pelo cumprimento “normal” das suas atribuições legais. É pelo conteúdo do ato subornado que se estabelece a distinção entre as duas modalidades de corrupção. O artigo 372.º, n.º 2, do CP (atual artigo 373.º, n.º 1), reporta-se aos casos em que o ato do funcionário é inválido por razões “substanciais” ou de “fundo”: só se verifica um salto qualitativo, capaz de fundamentar a agravação da pena inerente à corrupção própria, quando a atividade subornada se revelar ilegal no tocante ao seu fundo ou substância”.*

3.2. O Crime de Corrupção no âmbito da Empresa Pública

A questão que se coloca é: poderá ficar excluída a responsabilidade criminal da empresa pública quando em causa esteja um ilícito de corrupção passiva cometido, em seu nome e no seu interesse, em troca de um ato a que corresponde o exercício de uma prerrogativa de poder público? Punindo-se única e exclusivamente a pessoa individual que atuou em nome e no interesse daquela empresa pública? Procedamos, então, a uma análise aprofundada, na tentativa de responder a esta questão que é o cerne do nosso estudo.

Afirmada a capacidade para delinquir da empresa pública na redação mais recente do artigo 11.º do Código Penal, compreendemos também, no nosso estudo que o “exercício de prerrogativas de poder público” implica a consagração de uma incapacidade geral de delinquir coincidente com a formal atribuição de um direito de autoridade, o que se revela dúbio para efeitos da exclusão de responsabilidade criminal da empresa pública que detenha poderes de autoridade (que, como vimos, não são poucos e não são poucas as que os exercem, são bastantes até).

Como já fora mencionado anteriormente, dentro das empresas públicas (pessoas coletivas) encontramos os gestores públicos (pessoas humanas ou singulares, membros do

⁸⁸ Processo 180/05.9JACBR.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

órgão de administração de empresa com estatuto próprio). Ora, após um estudo da matéria da corrupção no ordenamento jurídico português, tivemos oportunidade de mencionar que se trata de um crime específico próprio e que, portanto, o tipo legal exige uma qualidade especial por parte do agente, isto é, para o preenchimento do tipo legal exige-se que o autor do crime seja um funcionário nos termos do artigo 386.º do Código Penal ou titular de um cargo político que conste da Lei n.º 34/87, de 16 de julho. Com efeito, a lei penal define o conceito de funcionário no artigo 386.º do Código Penal, e o número 2 do preceito dispõe: “2. Ao funcionário são equiparados os *gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas públicas*, nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessionárias de serviços públicos”. Portanto, a partir daqui conseguimos retirar, desde já, uma ideia primeira ideia fundamental: sendo o gestor de empresa pública equiparado ao funcionário, detém a qualidade especial que se assume como condição para preenchimento do tipo legal corrupção.

A questão que se coloca agora é a de saber em que medida pode a atuação de um gestor público ser imputada ao ente coletivo público – a empresa pública - atuação essa que consiste num ilícito de corrupção passiva cometido, em nome e no interesse da empresa pública, em troca de um ato a que corresponde o exercício de uma prerrogativa de poder público.

Para respondermos a esta questão, em primeiro lugar devemos consultar o catálogo de crimes pelos quais pode a pessoa coletiva responder nos termos do Código Penal, previsto no n.º 2 do artigo 11.º do referido diploma. Efetivamente, encontramos os artigos 372.º a 374.º do Código Penal no catálogo, englobando assim os crimes de recebimento indevido de vantagem (artigo 372.º), corrupção passiva (artigo 373.º) e corrupção ativa (artigo 374.º) – relativamente a funcionários (artigo 386.º do Código Penal), neste caso, os gestores de empresas públicas (n.º 2 do artigo 386.º do Código Penal).

Encontrando-se no catálogo, em segundo lugar, devemos apurar quais os requisitos que têm de estar verificados para que o ente coletivo responda criminalmente. Em Portugal segue-se modelo de hetero-responsabilidade⁸⁹, portanto o facto criminoso é dirigido à pessoa coletiva mediante atuação de determinadas pessoas, isto é, pressupõe-se que o crime seja

⁸⁹ Para uma explicitação dos dois modelos de imputação do facto criminal à pessoa coletiva (modelo de hétero-responsabilidade e de auto-responsabilidade, cf. *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa, op. cit.* pp. 89-92.

referido a determinadas pessoas físicas, que são, segundo o modelo tradicional no Decreto-Lei 28/84, apenas os administradores da empresa ou titulares dos órgãos coletivos. Acontece porém (mais uma vez) que o artigo 11.º do Código Penal apresenta notas distintivas: no Código Penal, a responsabilidade dos entes coletivos está dependente da atuação das pessoas físicas mencionadas nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 11.º: a) pessoas que nela ocupem uma posição de liderança; b) por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem, ou seja, quem tem posição de liderança tem deveres de vigilância e se a pessoa que atua sob autoridade pratica o crime, a pessoa coletiva responde pelo crime se se puder afirmar que quem devia vigiar o trabalhador não o fez, ou seja, o código penal estabelece que a responsabilidade da pessoa física se dá por ação ou omissão de deveres de vigilância por aqueles que têm poderes de liderança. Quanto à alínea a) não há dúvidas de um modelo de hetero-responsabilidade, representa, aliás, um exemplo clássico deste modelo, a diferença relativamente ao regime do Decreto-Lei 28/84 e RGIT é apenas relativamente ao círculo de pessoas que podem vincular a pessoa coletiva “representantes ou titulares de órgãos coletivos” *versus* “posição de liderança”. O que deve entender-se por “posição de liderança”? Atente-se no n.º 4 do artigo 11.º: “entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade” – na primeira parte encontramos semelhanças com a legislação extravagante, já na segunda parte encontramos uma diferença em relação aos restantes regimes, tratando-se, no fundo, de quem domina a atividade empresarial. Nesta alínea b) acima mencionada, a lei penal ao clarificar o que se entende por “posição de liderança” acaba por dar aso a que tenham existido interpretações no sentido de se estar a conferir espaço ao outro modelo de imputação do facto criminal à pessoa coletiva – o modelo de auto-responsabilidade⁹⁰. Não obstante as diversas interpretações, cremos que não se adotou esse modelo, pois, a pessoa coletiva responde em virtude de alguém, de uma pessoa física, portanto, nos termos da lei, não basta provar que a pessoa coletiva não se organizou, logo, estamos ainda perante um modelo de hetero-responsabilidade – o certo é que, a pessoa coletiva está a responder pelo incumprimento de deveres de vigilância de alguém.

⁹⁰ Das várias interpretações elaboradas à volta deste conceito, cf. Teresa Quintela de Brito, *Responsabilidade criminal dos entes coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*, RPCC 20 (2010), p. 55 e ss.

Ambas as alíneas do referido preceito pressupõe invariavelmente uma pessoa física, a diferença é que na alínea a) estamos perante uma *ação* da pessoa física, enquanto na alínea b) encontramos uma *omissão* de deveres de vigilância que impendiam sobre a pessoa física. Portanto, respondendo à questão de saber em que medida pode a atuação de um gestor público ser imputada ao ente coletivo público – a empresa pública – (atuação essa que consiste num ilícito de corrupção passiva cometido, em nome e no interesse da empresa pública, em troca de um ato a que corresponde o exercício de uma prerrogativa de poder público), tornou-se claro que a imputação do facto criminoso deve ser mediadamente dirigida à pessoa coletiva através da conduta de certas pessoas físicas que a representam e que atuam em nome e no interesse coletivo. Em termos simples, isto significa que, para que seja imputado o facto criminoso à empresa pública, este deverá passar pela conduta de um agente físico, designadamente, os seus órgãos e representantes e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade – neste caso, o gestor de empresa pública cabe no âmbito das pessoas que vinculam a pessoa coletiva pela alínea a) do n.º 2 do artigo 11.º concretizado no n.º 4 do mesmo preceito do Código Penal e concomitantemente cabe na alçada do conceito de funcionário definido pela lei penal no n.º 2 do artigo 386.º do mesmo diploma (detém a qualidade especial exigida para preenchimento do crime de corrupção passiva previsto no artigo 373.º do Código Penal), logo, quando em causa esteja um ilícito de corrupção passiva cometido, em nome e no interesse da empresa pública, em troca de um ato a que corresponde o exercício de uma prerrogativa de poder público, não deve ficar excluída a responsabilidade criminal da empresa pública, respondendo assim à questão posta de início. Relativamente à segunda parte da questão onde analisamos se será punida única e exclusivamente a pessoa individual que atuou em nome e no interesse daquela empresa pública, cremos que não deve ser assim, mas também não será forçosamente assim. Com efeito, optando-se por um modelo de hetero-responsabilidade, é exigido que o facto seja cometido por alguém que ocupa uma posição de liderança ou por quem aja sob a autoridade de quem ocupa esta posição, logo, a lei não exige que o gestor de empresa pública que praticou o facto seja condenado para que a empresa pública o seja também – existe uma autonomia das responsabilidades coletiva e individual evidenciada pela lei penal, veja-se o n.º 7 do artigo 11.º do Código Penal: “A responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respetivos agentes nem depende da responsabilização destes”.

Ainda no plano dos requisitos que têm se verificar para que se possa imputar o facto à empresa pública, para além da conexão objetiva traduzida na importação do facto à pessoa física, existe um outro: o elemento *intencional*. É preciso, nos termos do Código Penal, que o facto seja praticado no interesse da pessoa coletiva, não basta que seja praticado por quem nela detém posição de liderança. Em causa está um elemento intencional: atua ou omite deveres de vigilância no interesse da pessoa coletiva, relacionando a pessoa física com os fins com que foi constituída a pessoa coletiva, isto é, na base da atuação do agente está, não um benefício próprio, mas uma atuação em benefício da empresa pública, em interesse alheio. Se o gestor de empresa pública pratica um ilícito de corrupção passiva, se canaliza o suborno próprio da corrupção para passar férias, é evidente que não é cometido no interesse da empresa pública, e portanto não haverá lugar à responsabilidade criminal da empresa pública, portanto é preciso que a motivação da pessoa física seja favorecer a empresa pública em termos do exercício da sua atividade comercial, que como já tivemos oportunidade de expor, é uma atividade cada vez mais próxima do setor privado, mergulhada no mercado concorrencial.

3.3. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção no Setor Público

Perante a alarmante necessidade de reforço da confiança perante as instituições basilares da nossa democracia, urge a consolidação de um plano que vise o combate à corrupção nas suas mais variadas dimensões, trazendo maior transparência e justiça para os organismos públicos. Nesta linha, criou-se um grupo de trabalho, sob alçada do Ministério da Justiça do XXII Governo Constitucional, cujo objetivo se prende, essencialmente, com a elaboração de um plano de acção que vise combater de forma eficaz e bem-sucedida o fenómeno corruptivo que culminou na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção no Setor Público (ENCC).

Vale relevar que este grupo de trabalho contou com uma vastidão de peritos da área, nomeadamente, a Senhora Doutora Maria João Antunes que presidiu ao grupo de trabalho responsável pela elaboração da ENCC, investigadores da Polícia Judiciária, representantes do Conselho de Prevenção da Corrupção, o Inspetor-Geral dos Serviços de Justiça e técnicos do Ministério da Justiça.

Ora, o processo de combate à corrupção vê a sua vertente mais preponderante na prática preventiva, através de uma verdadeira ação governativa, que passa pela diminuição dos processos burocráticos, pela aposta na formação e sensibilização, pelo incentivo à criação de mecanismos e códigos de ética e conduta, pela realização de estudos frequentes de propensão à aceitação de suborno pelos seus sectores administrativos.

No sentido de prevenir e detetar os riscos de corrupção no *setor público*, deu-se a adoção de programas de cumprimento normativo no setor público.

A adoção destes programas, adaptados a cada instituição ou organismo administrativo, tem por desígnio um combate mais eficaz a práticas corruptivas, atuando preventivamente – estruturar e organizar os órgãos - concomitantemente – promovendo a sua formação - e até posteriormente - numa ótica de sanção. Nessa lógica, como consta da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, os programas incluirão as seguintes componentes: análise de riscos e planos de prevenção ou gestão de riscos; código de ética ou de conduta; mecanismos de controlo do cumprimento; formação dos destinatários e difusão do programa de cumprimento; mecanismos de deteção do incumprimento, designadamente por via da institucionalização de canais de denúncia interna; sanções para o incumprimento; investigações internas; institucionalização do responsável pelo

cumprimento do programa normativo; avaliação periódica e sempre que se justificar; documentação da atividade.

A elaboração de planos preventivos por parte de cada organismo público, propondo a avaliação da natureza de cada serviço prestado e visando a identificação dos sectores com maior propensão para o suborno de forma a atuar-se perante determinada ilicitude. Sublinham-se quatro momentos: planeamento, execução, verificação e atuação. Começa-se por identificar, como referido *supra*, a suscetibilidade de cada órgão do Estado para a corrupção ou suborno, atua-se preventivamente com um plano solidificado de formação, verifica-se o sucesso do ponto anterior mediante a conduta dos trabalhadores ou prestadores de serviços e, por fim, cria-se mecanismos para que se reportem eventuais desvios ou ilicitudes. Em simultâneo, elaboram-se códigos de conduta e criam-se canais de denúncia. Os primeiros consistem, de um modo geral, na definição de diretrizes em que terão de se conformar os comportamentos dos trabalhadores. Já os segundos, visam a criação de mecanismos de denuncia interna, respeitando as diretivas europeias e demais normas nacionais, funcionando de forma anónima e assegurando a proteção dos denunciantes.

Todos os mecanismos já referidos deverão ser materializados num Regime Geral de Prevenção da Corrupção (RGPC) que contará também com a definição de sanções ao seu incumprimento. Para garantir o sucesso destas práticas, releva a criação de um mecanismo independente que vise prevenir e combater a corrupção, controlando o RGPC, as infrações cometidas e acautelando as sanções previstas. Também caberá a este mecanismo a aposta em ações formativas ou eventos de sensibilização, bem como a partilha de manuais de boas práticas e de ética.

Noutro patamar temos ainda as infeções gerais e regionais cujo relevo é fundamental no combate às práticas corruptivas em organismos estatais, trabalhando em simbiose com o Mecanismo criando um controlo efetivo e descentralizado das tendências corruptivas em cada sector.

Por fim, o papel do Tribunal de Contas, na vertente das suas competências de fiscalização financeira assume um papel preponderante de fomento de transparência e ética dos organismos públicos e sob sua alçada. Contudo, considera-se já insuficiente a janela de atuação do Tribunal de Contas, defendendo-se uma revisão aprofundada da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas para aumentar a amplitude das duas

competências, nomeadamente no que toca à fiscalização prévia dos contratos de maior valor ou de organismos maioritariamente financiados por *res* pública.

Conclusão

Se num primeiro momento, as pessoas coletivas públicas estavam isentas de responder criminalmente, mais tarde o legislador vem afirmar a capacidade de delinquir das empresas públicas, mas com um regime excecional: o exercício de prerrogativas de poder público – o que na nossa compreensão não legitima um regime de exclusão de responsabilidade por assentar unicamente numa formal atribuição de um direito de autoridade. Afirmada a capacidade para delinquir da empresa pública, o legislador não assegurou no plano sancionatório uma resposta eficaz à natureza deste ente coletivo público, pelo que perdeu uma oportunidade de assegurar como pena principal a pena de vigilância prevista como pena acessória. Sendo que as empresas públicas compreendem os gestores de empresa pública, estes reúnem concomitantemente a qualidade de funcionário para efeitos de preencher a qualidade especial exigida pelo crime de corrupção e a qualidade de alguém que ocupa uma posição de liderança, portanto, facilmente conseguimos, através do modelo de hétero-responsabilidade, imputar o facto criminal à empresa pública, desde que atuando em seu nome e no seu interesse.

Bibliografia

ABREU, Jorge Coutinho de. “*As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)*”, Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, Volume LVII, Tomo I, 2014.

ABREU, Jorge Coutinho de. “*Sobre os Gestores Públicos*”, Direito das Sociedades em Revista- A. 3 v. 6, outubro 2011.

ANTUNES, Maria João. “*Penas e Medidas de Segurança*”, Almedina, 2017.

BANDEIRA, Gonçalo Melo. “*Responsabilidade Penal Económica e Fiscal dos Entes Coletivos- À volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Civas sob a forma comercial*”, Coimbra, Almedina, 2004.

BRANDÃO, Nuno. “*Recebimento indevido de vantagem: o pacto ilícito e a adequação social*”, Prof. Doutor Augusto Silva Dias *In Memoriam*, Volume I, AAFDL Editora.

BRAVO, Jorge dos Reis. “*Direito Penal de Entes Coletivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Coletivas e Entidades Equiparadas*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BRAVO, Jorge dos Reis. “*Punibilidade vs. Impunidade de ‘Pessoas Coletivas Públicas’: a regra, a exceção e os equívocos- um episódio da tensão entre o ‘público’ e o ‘privado’*”, RPCC (2012), Ano 22, n.º 3.

BRITO, Teresa Quintela. “*Responsabilidade criminal dos entes coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*”, RPCC 20 (2010).

COSTA, António de Almeida. “*Comentário Conimbricense do Código Penal*”, 1999.

COSTA, José de Faria. “*Direito Penal Económico*”, Quarteto, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo/ OLIVEIRA, Maria Fernanda. “*Noções Fundamentais de Direito Administrativo*”, Coimbra: Almedina, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “*Direito Penal Português, as consequências jurídicas do crime*”, Aequitas, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “*Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico*”, 1985, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, I, Coimbra Editora, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Parecer solicitado pela Alta Autoridade contra a Corrupção, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano XIII, Tomo I, 1998.

GONÇALVES, Pedro Costa. “*Entidades Privadas com Poderes Públicos*”, Coimbra: Livraria Almedina, 2005.

GONÇALVES, Pedro Costa. “*Manual de Direito Administrativo*”, Coimbra: Livraria Almedina, 2019.

MEIRELES, Mário Pedro Seixas. “*Pessoas Coletivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SANTOS, Cláudia Cruz. “*A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*”, Coimbra: Livraria Almedina, 2018.

SANTOS, Cláudia Cruz/BIDINO, Cláudio/MELO, Débora. “*A Corrupção- Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*”, Coimbra Editora, 2009.

SERRA, Teresa/SÁNCHEZ, Fernández. “*A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas- da inconstitucionalidade dos n.ºs 2 e 3 do artigo 11.º do Código Penal*”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume IV.

SILVA, Germano Marques da. “*Responsabilidade penal das pessoas coletivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro*”, Jornadas sobre o Código Penal, Revista do CEJ, n.º 8., 2008.

SILVA, Germano Marques da. “*Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*”, Editorial Verbo, 2009.

SOUSA, Susana Aires de. “*Questões fundamentais do Direito Penal da Empresa*”, Coimbra: Almedina, 2020.

SOUSA, Susana Aires de. “*Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública, Diálogos com Coutinho de Abreu*”, Almedina, 2020.

SOUSA, Jorge Castro e. “*As Pessoas Coletivas em face do Direito Criminal e do chamado ‘Direito de Mera Ordenação Social’*”, Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

Fontes eletrónicas

<https://www.cpc.tcontas.pt>

SOUSA, Susana Aires de, “*Societas publicas (non) delinquere potest: reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português*”, Actas do XV Encontro AECA, “*Nuevos caminos para Europa: El papel de las empresas y los gobiernos*”, 20-21 de setembro de 2012- <https://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/675>.

<http://www.dgtf.pt/sector-empresarial-do-estado-see/carteira-de-participacoes-do-estado>